

# مجلة كلية الشريعة الطوسية الجامعة

علمية فصلية محكمة تُعنى بالدراسات الإنسانية

تصدرها جامعة الشيخ الطوسي  
النجف الأشرف - العراق

رمضان / ١٤٤٦ هـ - آذار ٢٠٢٥ م

السنة التاسعة  
العدد (٢٥)

الرقم الدولي  
٩٣.٨ - ٢٣٠.٤



الرقم الدولي  
٩٣٠٨ - ٢٣٠٤



# مجلة كلية الشريعة الطوسية للجامعة

عِلْمِيَّةٌ فَضْلِيَّةٌ مَحْكَمَةٌ تُعْنَى بِالذَّرَاسَاتِ الْإِنْسَانِيَّةِ

تصدرها جامعة الشيخ الطوسي - النجف الأشرف / العراق

مجازة من وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
ومعتمدة لأغراض الترقية العلمية

السنة التاسعة / العدد ( ٢٥ )

(رمضان ١٤٤٦هـ، آذار ٢٠٢٥م)

---

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ( ٢١٣٥ ) لسنة ٢٠١٥م





NO  
DATE



العدد: ت هـ / ١ / ٢٠٢٤  
التاريخ: ٢٠٢٤ / ٥ / ٥

### أمر وزاري

الوزير ذي العدد (ت هـ / ١ / ٢٠٢٤) في ٢٣٩٥٤ في ٢٣/١٢/٢٠٢٣ تقرر الآتي:  
تحويل كلية الشيخ الطوسي الجامعة في محافظة النجف الاشرف الى جامعة باسم (جامعة الشيخ الطوسي) تضم الكليات الآتية: (كلية التقنيات الصحية والطبية، كلية التمريض، كلية القانون، كلية التربية، كلية التربية الاساسية) و اعتباراً من تاريخه اعلاه.

### أملين ان تسهم الجامعة في احداث التطوير الكمي والنوعي في الحركة العلمية والثقافية والتربوية والبحث العلمي لخدمة عراقنا الحبيب.

الدكتور نعيم العبودي  
وزير التعليم العالي والبحث العلمي  
٢٠٢٤/٥/٥

١٥١٥١٥١  
نعيم راجع بحرصه  
٢٠٢٤/٥/٥

لسخة منه إلى:

- الامانة العامة مجلس الوزراء / للفضل بالاطلاع والتقدير.
- مكتب الوزير / إشارة الى مصادقة معاليه بتاريخ (٢٠٢٤/٤/٨) على توصيات مجلس التعليم الاهلي بجلسته الرابعة المنعقدة بتاريخ (٢٠٢٤/٤/٢٧) / للفضل بالاطلاع ... مع التقدير.
- الوزارات كافة / للفضل بالاطلاع ... مع التقدير.
- دوائر المولة العمير مرتبطة بوزارة / للفضل بالاطلاع ... مع التقدير.
- مكتب السادة الزكلاء / للفضل بالاطلاع ... مع التقدير.
- جهاز الاشراف والتقييم العلمي / للفضل بالاطلاع ... مع التقدير.
- دوائر الوزارة كافة / للفضل بالاطلاع ... مع التقدير.
- أقسام الدائرة كافة / للفضل بالاطلاع ... مع التقدير.
- رسائل الجامعات الحكومية كافة / للفضل بالاطلاع ... مع التقدير.
- الجامعات والكليات الاهلية كافة / للفضل بالاطلاع ... مع التقدير.
- معهد المعلمين للدراسات العليا / للفضل بالاطلاع ... مع التقدير.
- جامعة الشيخ الطوسي الجامعة / للفضل بالاطلاع ... مع التقدير.
- قسم الإستحداث / شعبة إستحداث الجامعات والكليات الاهلية... مع الأوليات.
- المصادرة

م.م بشائر علي ٥/٥



No.:

الرقم: ب ت 4 / 10019

Date:

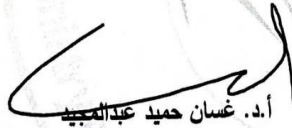
التاريخ: 2019/10/22

كلية الشيخ الطوسي الجامعة / مكتب السيد العميد

م/ مجلة كلية الشيخ الطوسي الجامعة

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته ...

أشارة الى كتابكم المرقم م ج ص/ ٦٢٦ في ٥ / ٥ / ٢٠١٩ بشأن اعتماد مجلتهم التي تصدر عن كليتكم واعتمادها لأغراض الترقيات العلمية وتسجيلها ضمن موقع المجلات العلمية الاكاديمية العراقية ، حصلت موافقة السيد وكيل الوزارة لشؤون البحث العلمي بتاريخ ٢٨ / ٩ / ٢٠١٩ على أعتامد المجلة المذكورة في الترقيات العلمية والنشاطات العلمية المختلفة الاخرى وتسجيل المجلة في موقع المجلات الاكاديمية العلمية العراقية .  
للتفضل بالاطلاع وابلاغ مخول المجلة لمراجعة دائرتنا لتزويده باسم المستخدم وكلمة المرور ليتسنى له تسجيل المجلة ضمن موقع المجلات العلمية العراقية وفهرسة اعدادها ... مع التقدير .



المدير العام لدائرة البحث والتطوير

٢٠١٩/١٠/ ٢٢

نسخة منه الي:

- مكتب السيد وكيل الوزارة لشؤون البحث العلمي / اشارة الى موافقة سيادته المذكورة أعلاه والمثبتة على اصل مذكرتنا المرقم ب ت م / ٤ / ٦٦٩٢ في ٢٣ / ٩ / ٢٠١٩ / للتفضل بالاطلاع ... مع التقدير .
- قسم المشاريع الريادية / شعبة المشاريع الالكترونية / للتفضل بالعلم واتخاذ مايلزم ... مع التقدير
- قسم الشؤون العلمية / شعبة التأليف والنشر والمجلات / مع الاوليآت .
- الصادرة .

مهند ، أنس  
٢١ / تشرين الاول

بسم الله الرحمن الرحيم



جمهورية العراق  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جهاز الاشراف والتقييم العلمي  
قسم التعليم الاهلي

رقم الكتاب : ج ٥ / ٤٨٢  
التاريخ ٢٠١٢/١١/١٤

### كلية الشيخ الطوسي الجامعة

م/ محضر مجلس الكلية بجلسته الثانية للعام الدراسي ٢٠١٢/٢٠١٣

المنعقدة بتاريخ ٢٠١٢/٩/٢٩

### تحية طيبة...

الحاقا بكتابنا المرقم ج ٥/٦١٠٠ في ٢٠١٢/١١/٥ ، بشأن الفقرة (١٠/١/اولا:الشؤون العلمية) من محضر مجلس الكلية بجلسته الثانية للعام الدراسي ٢٠١٢/٢٠١٣ ، نود اعلامكم الى انه بالامكان اعتماد مجلة الكلية لاغراض الترقية العلمية وفق الية اعتماد المجلات الصادرة عن الكليات الاهلية والجمعيات العلمية لاغراض الترقية العلمية والتي يمكن الاطلاع عليها على موقع دائرة البحث والتطوير ([www.rddiraq.com](http://www.rddiraq.com))

للتفضل بالاطلاع واتخاذ مايلزم...مع التقدير.





المحاسب القانوني  
حيدر محمد درويش  
ع/رئيس جهاز الاشراف والتقييم العلمي

٢٠١٢/١١/١٤



٥٩٥  
١٧٤٦

نسخة منه الى //

- ✓ مكتب رئيس الجهاز/للتفضل بالاطلاع...مع التقدير.
- ✓ دائرة البحث والتطوير / منكرتكم ب ت م ١٠٥٤٣/٤ في ٢٠١٢/١١/٨...مع التقدير .
- ✓ جهاز الاشراف والتقييم العلمي/قسم التعليم الاهلي/شعبة المحاضر/ مع الاوليات.
- ✓ الصنادرة .

## رئيس التحرير

أ.د. قاسم كاظم الأسدي

## مدير التحرير

أ.م.د. هدى تكليف مجيد السلامي

## هيئة التحرير

١. أ.د. جميل حليل نعمة معله / كلية الآداب _ جامعة الكوفة
٢. أ.د. صالح القريشي / كلية الفقه - جامعة الكوفة
٣. أ.د. أميرة الجوفي / كلية التربية بنات _ جامعة الكوفة
٤. أ.د. عمر عيسى / كلية العلوم الإسلامية _ الجامعة العراقية
٥. أ.د. عبد الله عبد المطلب / كلية العلوم الإسلامية - الجامعة العراقية
٦. أ.د. أزهار علي ياسين / كلية الآداب _ جامعة البصرة
٧. أ.د. هناء عبد الرضا رحيم الربيعي / كلية العلوم الإسلامية - جامعة البصرة
٨. أ.د. حيدر السهلاني / كلية الفقه - جامعة الكوفة
٩. أ.د. مسلم مالك الاسدي / كلية العلوم الإسلامية _ جامعة كربلاء
١٠. أ.د. ناهدة جليل عبد الحسن الغالبي / كلية العلوم الإسلامية _ جامعة كربلاء
١١. أ.م.د. ضرغام كريم كاظم الموسوي / كلية العلوم الإسلامية _ جامعة كربلاء
١٢. أ.م.د. مشكور حنون الطالقاني / كلية العلوم الإسلامية _ جامعة كربلاء

## تدقيق اللغة الانكليزية

م.م. مصطفى غازي دحام

## تدقيق اللغة العربية

أ.م.د. هاشم جبار الزرفي

م.د. حسام جليل عبد الحسين

## أعضاء هيئة التحرير من خارج العراق

أ.د. سعد عبد العزيز مصلوح: جامعة الكويت / الكويت.

أ.د. عبد القادر فيدوح: جامعة قطر / قطر.

أ.د. حبيب مونسسي: جامعة الجليلي ليايس / الجزائر.

أ.د. أحمد رشاش: جامعة طرابلس / ليبيا.

أ.د. سرور طالبوي: رئيس مركز جيل البحث العلمي / لبنان.

## سكرتير التحرير

علي عبد الأمير جاسم

## تعليمات النشر في مجلة كلية الشيخ الطوسي الجامعة

١. أن لا يكون البحث قد نُشر أو قُبِلَ للنشر في مجلة داخل العراق أو خارجه، أو مستلا من كتاب أو محملاً على شبكة المعلومات العالمية.
٢. أن يضيف البحث معرفة علمية جديدة في حقل تخصصه.
٣. أن يرفع البحث قواعد المنهج العلمي، ويرتّب على النحو الآتي: عنوان البحث / اسم الباحث بذكر درجته العلمية، ومكان عمله / خلاصة البحث باللغتين العربية والإنجليزية لا تتجاوز أيّ منهما مئتي كلمة / المقدمة / متن البحث / الخاتمة والتناج والتوصيات / الهوامش نهاية البحث / ثبت بالمصادر والمراجع.
٤. يخضع البحث للتحكيم السري من الخبراء المختصين لتحديد صلاحيته للنشر، ولا يعاد إلى صاحبه سواء قُبِلَ للنشر أم لم يقبل، ولهياة التحرير صلاحية نشر البحوث على وفق الترتيب الذي تراه مناسباً.
٥. تقدم البحوث مطبوعة باستخدام برنامج (Microsoft word)، بخط (Simplified Arabic) للغة العربية، وبخط (Time new roman) للغة الإنجليزية، بحجم (١٤) للبحث و(١٢) للهوامش.
٦. تنسيق الأبيات الشعرية باستعمال الجداول .
٧. تسحب الخرائط، الرسوم التوضيحية، الصور) بجهاز (اسكنر) وتحمّل على قرص البحث.
٨. يقدم الباحث ثلاث نسخ من بحثه مطبوعة بالحاسوب، مع قرص مضغوط (CD).
٩. لا يعاد البحث إلى الباحث إذا ما قرر خبيران علميان عدم صلاحيته للنشر.
١٠. ترتيب البحوث في المجلة يخضع لأمر فنية.

## المراسلات

توجه المراسلات الرسمية إلى مدير تحرير المجلة على العنوان الآتي:  
جمهورية العراق . النجف الأشرف . كلية الشيخ الطوسي الجامعة.

موقع المجلة على الانترنت: [www.altoosi.edu.iq/ar](http://www.altoosi.edu.iq/ar)

البريد الإلكتروني: [mjtoosi3@gmail.com](mailto:mjtoosi3@gmail.com)

نقال: ٠٧٨٠٤٤٠٤٣١٩ (٠٠٩٦٤)

صندوق بريد: (٩).

تطلب المجلة من كلية الشيخ الطوسي الجامعة

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال تعالى: ﴿وَقُلْ أَعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ﴾

## افتتاحية العدد :

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونتوكل عليه ، والصلاة والسلام على خاتم النبيين وعلى آله وأصحابه المنتجبين .

إن مجلة كلية الشيخ الطوسي شعلة مرافقة لطريق الباحثين المتخصصين في مجال العلوم الإنسانية الاجتماعية، لتضيء دريهم سواء أكانوا أساتذة أم طلبة دراسات عليا، كما إن لها الأثر الإيجابي على سمعة المؤسسة التي تنتمي إليها، لتنبؤا كغيرها من المجالات العلمية مكانة مهمة ومرموقة في نسيج مؤسسات التعليم العالي ومراكز البحث العلمي المختلفة، وذلك لما تسهم به في عملية إنتاج المعرفة وتيسير تداولها بين المهتمين من الباحثين والمعنيين .

ولهذا نلاحظ تزايد إدراك الجامعات ومراكز البحث العلمي المختلفة لأهمية المجالات العلمية المحكّمة باعتبارها مؤشراً أساسياً من مؤشرات قياس مستوى الإنتاجية العلمية والمعرفية فيها من الناحيتين النوعية والكمية، فمن خلال هذا النوع من المجالات تسجل الجامعات ومراكز البحث العلمي حضورها وتفوقها، وعلى ذلك تفتح مجلة الشيخ الطوسي الجامعة أبوابها أمام الباحثين الذين يؤمنون بأهمية النقد والتجديد بما يخدم القضايا المعاصرة.

داعين المولى عزّ وجلّ أن نكون قد أسهمنا برفد حركة البحث العلمي ، بكلّ ما هو جديد . والله ولي التوفيق .

مدير التحرير

الأستاذ المساعد الدكتور

هدى تكليف مجيد السلامي



## المحتويات

الدراسات القرآنية والحديث الشريف		
الصفحة	اسم الباحث	عنوان البحث
١٩	حامد جابر مجلي الفتلاوي أ. شهيد عبد الزهرة الخطيب جامعة كربلاء - كلية العلوم الإسلامية قسم الدراسات القرآنية والفقہ وأصوله	عرض وتحليل خمس آيات نزلت في الامام علي وأهل البيت (ع) ومعرفة أقوال العلماء في ذلك
٥٩	بهجت عباس محمد الحلو	الاعجاز القرآني

الدراسات الأصولية والفقهية		
الصفحة	اسم الباحث	عنوان البحث
٧٥	الباحث محمد حسين علي جواد الحسني أ.د. صلاح عبد الحسين مهدي المنصوري جامعة الكوفة - كلية الفقه	نظرية السببية والطريقية في توجيه الأخذ بالأدلة على الحكم الظاهري
١٠٥	الباحث: محمد راضي هاشم أ.د. صلاح عبدالحسين المنصوري جامعة الكوفة - كلية الفقه - قسم الفقه وأصوله	معالم الفكر السياسي للسيد الخميني من منظور فقهي

١٢٥	<p>الدكتور السيد محمد علي راغبى (الكاتب المسؤول) أستاذ مشارك - قسم الفقه ومبادئ القانون الإسلامي - جامعة قم - إيران</p> <p>كاظم كشيش علي اللهيبى طالب دكتوراه - قسم الفقه ومبادئ القانون الإسلامي - جامعة قم - إيران</p>	<p>عقد التأمين في إطار الفقه الإسلامي</p>
١٦٣	<p>أ.م.د. صلاح محمد حسن عبد الله شمسة جامعة الكوفة - كلية التربية الأساسية</p>	<p>أسلحة الدمار الشامل وحكم إنتاجها وإستخدامها / دراسة فقهية</p>

دراسات في العقيدة والفكر الإسلامى		
الصفحة	اسم الباحث	عنوان البحث
١٩٧	<p>أ.م.د. جاسم حسن طعمة القره غولي جامعة الشيخ الطوسي</p>	<p>(دور أئمة أهل البيت عليهم السلام) في الحفاظ على العقيدة الإسلامية) قراءة في المنهج النبوي والعلوي (عليهما السلام)</p>
٢٣٧	<p>م.م. يحيى مظر مهدي جامعة الكوفة - مركز دراسات الكوفة</p>	<p>النظام السياسي وعلاقته بالدين في الفكر السياسي الإسلامي</p>

## الدراسات اللغوية والأدبية

الصفحة	اسم الباحث	عنوان البحث
٢٣٧	أ.م.د. فاطمة عبد الأمير السلامي الجامعة الإسلامية - النجف الأشرف كلية العلوم الإسلامية - قسم الدراسات القرآنية واللغوية	قصيدة التركيب اللغوي وأثرها في الإبلاغ (زيارة وارث أتمودجاً)
٢٨٩	أ.م.د. زيد عبد الحسين يوسف م.م. حيدر عماد مسلم جامعة جابر بن حيان للعلوم الطبية	آليات الإطالة في الشعر العربي الحديث ودواعيها
٣١٧	م . د . د. مقداد علي مسلم العميدي المديرية العامة للتربية في محافظة النجف الأشرف	الإسناد الخبري بحث في التركيب والدلالة
٣٤٣	م.م. كرار عبد الحسين جدوع الفيادة جامعة الكوفة - كلية الفقه الباحثة أزهار عاد كاظم ياسين الحجيمي	الصفة المشبَّهة في نهج البلاغة ( دراسة دلالية )

## دراسات التاريخ والسيرة

الصفحة	اسم الباحث	عنوان البحث
٣٦٧	أ.م.د. ثائر عباس النصراوي جامعة الكوفة - كلية الاداب قسم الفلسفة	أثرُ الانتماء المذهبي للبويعيين في تطوير الحركة العلمية في بغداد

## الدراسات القانونية

الصفحة	اسم الباحث	عنوان البحث
٤١٩	م.د. كاظم خضير عباس جامعة الشيخ الطوسي - كلية القانون	الجرائم الإلكترونية وتأثيرها على الأمن والسلم المجتمعي
٤٣٩	م.د. معروف غني حسين الحماوي جامعة الشيخ الطوسي - كلية القانون	الرقابة غير المباشرة على أعمال رئيس الدولة في الأنظمة البرلمانية وتأثير ذلك على حسن أداءه (دراسة مقارنة)
٤٥٧	م.م. محمد رسول عكاب جامعة الشيخ الطوسي - كلية القانون	مدى تأثير الألتزامات الدولية لحقوق الانسان على سيادته الوطنية في العراق
٤٧٧	الباحثة: جيهان عباس محسن كرماشة الجامعة الإسلامية - كلية القانون	المسؤولية المدنية لنقل وزرع الأعضاء البشرية دراسة مقارنة

## الدراسات الجغرافية

الصفحة	اسم الباحث	عنوان البحث
٥١٧	أ.م.د. ضياء جعفر عبد الزهرة أنجم جامعة الكوفة - كلية الآداب - قسم المجتمع المدني	التحليل المكاني لفجوة النوع الاجتماعي للواقع الصحي في محافظة ذي قار
٥٣٩	الباحثة: حوراء غازي خزبي العارضي أ.م.د. حسن عبد الله حسن الكعبي جامعة الكوفة - كلية الآداب	تقييم الخصائص الكيميائية لمياه شط العباسية
٥٦٣	م.م. عادل عبد الحسين عبد الرماحي	مشاكل العشوائيات السكنية داخل اطراف المدن في العراق

## الدراسات الفنية

الصفحة	اسم الباحث	عنوان البحث
٥٩٥	م.م. عمار محمد علي بعنون العارضي المديرية العامة للتربية في النجف الاشرف معهد الفنون الجميلة النجف الاشرف	الاعمال النحتية الخزفية العراقية المعاصرة بين التشخيص والتجريد





## المسؤولية المدنية لنقل وزرع الأعضاء البشرية دراسة مقارنة



الباحثة: جيهان عباس محسن كرماشة  
الجامعة الإسلامية - كلية القانون



# المسؤولية المدنية لنقل وزرع الأعضاء البشرية

## دراسة مقارنة

الباحثة: جيهان عباس محسن كرماشة  
الجامعة الإسلامية - كلية القانون

### المُلخَص:

تنقسم المسؤولية المدنية إلى مسؤوليتين هما المسؤولية العقدية، والمسؤولية التقصيرية، والعقدية تنتج عن العقد، وأما التقصيرية فإن مصدرها العمل غير المشروع والفعل الضار أو الواقعة المادية التي يترتب عليها القانون التزاماً، وبهذا يمكننا القول إنَّ المسؤولية العقدية تتحقق في حالة مخالفة الالتزام الوارد في العقد والتقصيرية هي في حالة الشخص الذي يخالف التزام فرضه القانون عليه. والذي يهمننا في هذا الموضوع هو تحديد الطبيعة القانونية التي تنشأ من عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية، إذ يتواجد اتجاهان مختلفان لتحديد طبيعتها، وسنقوم بالبحث للوصول إلى الطبيعة القانونية لهذه المسؤولية من خلال دراستها بموضوع المسؤولية العقدية والتقصيرية للناقل والزرع والمرور أيضاً على مسؤولية كل من المانح والمتلقي في حال توافر المقام المناسب لموضوعهما؛ لأنَّ العبء الأكبر يقع على عاتق الناقل والزرع في هذه العملية، فقد اهتم المشرع والقضاء والفقهاء بطرف الناقل والزرع أولاً؛ لأنه في بعض الأحيان قد يصعب التمييز بين نوعي المسؤولية وجاءت في هذا الخصوص بعض الأحكام القضائية التي أحجمت عن تحديد نوع المسؤولية أصلاً. إنَّ تحديد طبيعة مسؤولية نقل وزرع الأعضاء البشرية مختلف فيها فقهيًا وقضائياً، فبعضهم ينادي بوجود تحديدها كمسؤولية تقصيرية حتى لو كان هناك عقد أو اتفاق أو حتى في حال وجود عقد ضمني بين المتلقي والطبيب، ويسوقون في سبيل ذلك عدة حجج

منها أن حياة الإنسان ليست محلاً للتعاقد وأن سلامة بدنه وصحته والمساس بشخصه هي من النظام العام، وبهذا تتحقق المسؤولية التقصيرية. وهناك من يرى أن هذه المسؤولية هي مسؤولية عقدية بين المتلقي والمانح الذي يختار بمحض إرادته الطبيب الذي يقوم بنقل وزرع الأعضاء وساقوا في سبيل ذلك الكثير من الحجج، وهذا الاتجاه هو أكثر شيوعاً.

**الكلمات المفتاحية:** مسؤولية، مدنية، تقصيرية، عقدية، نقل وزراعة، أعضاء بشرية، أطراف.

## **Civil Liability for the Transport and Transplantation of Human Organs A Comparative Study**

**Jihan Abbas Mohsen Karmasha  
Islamic University / Faculty of Law**

### **Abstract**

Civil Liability for the Transfer and Transplantation of Human Organs: A Comparative Study  
Civil liability is divided into two types: contractual liability and tort liability. Contractual liability arises from a contract, whereas tort liability stems from an unlawful act, a harmful action, or a material event that the law considers as giving rise to an obligation. Thus, we can say that contractual liability occurs when a contractual obligation is breached, while tort liability arises when a person violates an obligation imposed by law. The main focus of this study is to determine the legal nature of liability arising from the process of transferring and transplanting human organs. There are two different approaches to defining this nature. This study aims to analyze this issue by examining both contractual and tort liability concerning the transporter and the transplanting surgeon. Additionally, it will address the responsibility of the donor and the recipient if relevant to the discussion. The primary burden in this process falls on the transporter and the transplanting surgeon. Consequently, legislators, courts, and

legal scholars have primarily focused on these two parties, especially since, in some cases, distinguishing between the two types of liability can be challenging. Certain judicial rulings have even refrained from explicitly classifying the nature of the liability.

The legal classification of liability for organ transfer and transplantation remains a subject of debate among legal scholars and courts. Some argue that it should be classified as tort liability, even if there is a contract, agreement, or implicit understanding between the recipient and the physician. Their reasoning is based on the principle that human life cannot be subject to contractual agreements, and any harm to a person's body, health, or physical integrity falls under public order, thereby justifying tort liability.

On the other hand, another perspective considers this liability as contractual, emphasizing the voluntary agreement between the recipient and the donor, who freely selects the physician to perform the organ transfer and transplantation. This view is supported by several legal arguments and is the more widely accepted position.

**Keywords:** Liability, Civil, Tort, Contractual, Organ Transfer and Transplantation, Limbs

مقدمة

أولاً. موضوع البحث:

إنَّ المستجدات العلمية السريعة التطور، تحتاج إلى قولبة قانونية تحل مشكلاتها الطارئة حديثاً في التشريعات، وبما ان القانون وجد لخدمة البشرية وتنظيم حياتهم فإن اهم المواضيع التي يهتم بها التشريع هو الحياة البشرية، وفرعاً من هذه المواضيع المهمة هو عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ومسئولياتها. إنَّ هذا الموضوع هو حيوي وقديم بدأ بزراعة الأسنان قديماً، ولم يوثق النجاح للكثير من العمليات؛ بسبب رفض الجسم البشري للعضو المزروع، وكذلك وجود الكثير من المشكلات الطبية المؤثرة في نجاح العملية؛ ولذلك فقد ثار النقاش حول مشروعية هذه العمليات أصلاً. وبعد التقدم العلمي الكبير في هذا المجال الذي كان آخره زراعة وجه بشري كامل عام ٢٠١٠، بدأت القوانين تحاول مواكبة التطور العلمي الحاصل، ومثالاً على ذلك

القانون العراقي، الذي بدأ بمعالجة هذا الموضوع بقانون مصارف العيون رقم (١١٣) لعام ١٩٧٠، وقانون عمليات زرع الكلى رقم (٦٠) لعام ١٩٨١، وقانون عمليات زرع الأعضاء البشرية رقم (٨٥) لعام ١٩٨٦، وقانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية ومنع الاتجار بها رقم (١١) لعام ٢٠١٦، وهذا يدل على تطور موضوع زرع الأعضاء الذي استوجب سنّ وإلغاء القوانين لأجل مواكبة التطور العلمي ولحل مشكلات الحاجة البشرية. إنّ عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ممكن أن تنهض فيها المسؤولية، سواء كانت هذه المسؤولية مدنية أو جزائية، والاخيرة تكون في حالات محدودة، لان المدنية هي الشائعة، وهذه المسؤولية تتجم عن خطأ، في فترة ما قبل العملية أو اثنائها أو بعدها، ولا تنحصر بطرف الناقل والزارع فحسب، بل ربما تمد إلى المتلقي والمانح أيضاً، أو حتى إلى طرف أجنبي عن العملية.

#### ثانياً. أهمية البحث:

لبحثنا أهمية كبيرة، لارتباطه بديمومة حياة الإنسان، وسلامة جسده، وتمد هذه الأهمية لعدة مجالات يمكن حصرها بالآتي:

- ١- الأهمية القانونية: إذ ان المسؤولية حال تحققها، ترتب آثار تمد بين أطرافها، وهي الوسيلة اللازمة التي يحاول المشرعون تغطيتها، من خلال النصوص المحكمة. وإنّ الحق في امتداد حياة الإنسان، هو في قمة اولويات المشرعين، فلا تنهض المسؤولية إلاّ بتحقيق الضرر، الذي لا يكون إلاّ بخطأ، وتربطه علاقة سببية في القانون، وفي بحثنا هذا نرى بجلاء وجود فوارق بين القوانين، بالمفاصل المهمة للموضوع، فنرى التضييق في منح مشروعية لهذه العمليات، وكذا التوسع في نطاق المشروعية، وكل ذلك ينعكس على قيام وتحقق المسؤولية المدنية في هذا المجال.
- ٢- الأهمية العلمية: تبرز هذه الأهمية للباحث والمتتبع لبحثنا؛ لوجود الكثير من مواطن الاختلاف، بين فقهاء القانون أنفسهم، وبين فقهاء المذاهب الإسلامية وفيما بينهم، مما يستدعي الوقوف على الآراء الراجحة عندهم، وهذا ما يثري الباحثين بالمعلومات العلمية والاطلاع على أكبر عدد ممكن من المصادر لهذا الموضوع.
- ٣- الأهمية الإنسانية: لبحثنا أهمية كبيرة في المجال الإنساني، فعندما يكون هناك رادع شديد مبني على الزام قانوني سيتحقق الاطمئنان للمانح والمتلقي وتتسع وتشيع

هذه العمليات وتتوافر الرغبة حينذاك لتلبية الحاجات الإنسانية التي وجد القانون لضبطها.

٤- الأهمية في المجال الطبي: وعندما تحدد الضوابط وتؤطر قانونياً، فسيفق الناقل والزراع على الامور والافعال اللازم اجتنابها، ومن هنا سيخلق الابداع لدى علماء هذا المجال نسبة لمعرفةهم اصول الممكن من عدمه في علمهم، وهذا ما يحدوهم إلى التقدم ومحاولة الارتقاء في مجال عملهم.

### ثالثاً. نطاق البحث:

١- النطاق التشريعي: يشمل نطاق بحثنا في المسؤولية المدنية لنقل وزرع الأعضاء البشرية، القوانين الخاصة والعامة المتعلقة بالموضوع في العراق وفرنسا ومصر، وما ذهب إليه القضاء في هذه الدول، مستنديين على القانون العراقي ومقارنته مع القوانين الأخرى.

٢- النطاق الموضوعي: يدور الموضوع في الأصل في أطراف عملية النقل والزرع وتكييف التصرف القانوني والمسؤولية المتحققة التي تُرتب الآثار على كل الأطراف مما يستلزم البحث عما أورده فقهاء القانون عن هذا الموضوع.

### رابعاً. مشكلة البحث:

يثير موضوع المسؤولية المدنية في نقل وزرع الأعضاء البشرية اشكاليات كثيرة، بدأً من مشروعية هذه العمليات، إذ اصطدمت مع معصومية جسم الإنسان وحرمة المساس به، وكذلك مشروعية العضو المراد نقله وزرعه، إذ جرمت بعض القوانين نقل وزرع أعضاء معينة من جسم الإنسان في حين اباحت قوانين أخرى هذا النقل والزرع، وأيضاً بعد التقدم العلمي ظهر لدينا أعضاء بشرية يمكن استئصالها، وهذه المسألة تثير اشكاليات عديدة إذ لم تعالج الكثير من القوانين هذه المشكلة، وكذلك اثار موضوع اهلية أطراف العملية اشكاليات أيضاً، فبعض القوانين حدد اهلية المتلقي والمانح وبعضها سكت عن الموضوع، وآخر ذهب باتجاه خالف به الرأي الغالب في القانون، اضافة إلى ان بعض الأحكام العامة من الصعب ان تنطبق على بعض الجزئيات في هذا الموضوع، مما تسبب بغين المتضرر في أحيان عدة، ومسألة تحديد نوع المسؤولية المتحققة من هذه العمليات اثار ايضا الاشكالية فبعض

الاتجاهات القضائية حددته على أنه مسؤولية عقدية واتجاهات اخرى حددته بانه مسؤولية تقصيرية، والبعض أحجم أصلاً عن تحديد نوع المسؤولية، مضاف لها مسؤولية الغير والأشياء، قبل وأثناء العملية وبعدها، وموضوع شروط قيام المسؤولية والتعويض عن الضرر أثار كذلك مشكلات قانونية، فهو محكوم بالقواعد العامة التي لم تغط في بعض القوانين الموضوع أو جاء بعضها لحكم المسائل المالية والتعويض عن الضرر المالي لا الجسدي.

#### خامساً. منهج البحث:

في بحثنا هذا استعملنا المنهج التحليلي والمقارن، مع الأخذ بنظر الاعتبار أن العلاقة بين الطب والقانون هي علاقة متبادلة يؤثر احدهما بالآخر، فكثير من الأعمال الطبية كانت غير مشروعة بسبب احتمالية فشلها الكبير، وبالتقدم العلمي انخفضت نسبة المتوقع من الضرر فأباح القانون هذه العمليات، فحاولت في فحوى هذا البحث أن أجمع الآراء الحديثة التي طرحت واستعرض الأدلة ومناقشتها والمقارنة بينها وترجيح ما يرى بحجة على غيره وتعزيزه بالأدلة، مستعينا بذلك بالتشريعات العراقية والمقارنة والقرارات القضائية، وفي إطار الفقه الإسلامي دأبت على الأخذ بالآراء المجمع عليها لدى المذاهب الإسلامية، ومناقشة بعض الآراء المخالفة للأجماع.

#### سادساً. خطة البحث:

تناولنا موضوع هذا البحث في مقدمة ومطلبين، فكان المطلب الأول بعنوان (المسؤولية العقدية لنقل وزرع الأعضاء البشرية)، وتم تقسيمه على ثلاثة فروع، تناولنا في الفرع الأول (أركان المسؤولية العقدية لنقل وزرع الأعضاء البشرية)، وبحثنا في الفرع الثاني (مميزات عقد نقل وزرع الأعضاء البشرية وخصائصه)، وخصصنا الفرع الثالث لـ (حجج الاتجاه القائل بالمسؤولية العقدية)، وأما المطلب الثاني فكان بعنوان (المسؤولية التقصيرية لنقل وزرع الأعضاء البشرية)، وتم تقسيمه على فرعين، تناولنا في الفرع الأول (أركان المسؤولية التقصيرية في نقل وزرع الأعضاء البشرية)، وبحثنا في الفرع الثاني (حجج الاتجاه القائل بأن مسؤولية نقل وزرع الأعضاء البشرية هي مسؤولية تقصيرية)، وختمنا البحث بخاتمة تضمنت أهم الاستنتاجات والتوصيات التي توصل إليها البحث.

## المطلب الاول

## المسؤولية العقدية لنقل وزرع الأعضاء البشرية

يرى بعض فقهاء القانون أنّ الفقه الإسلامي عرّف المسؤولية العقدية، ولكنه لم يسمها أو يميزها بأحكام منفردة عن المسؤولية التصويرية، فقد بحثت هذه الأحكام في هذا الفقه بشكل عام تحت عنوان الضمان، ففي حالة عدم التزام المدين بتنفيذ التزامه أو وجود عيب في المبيع أو غيرها، فهنا ستكون المسؤولية هي مسؤولية عقدية مستوجبة الضمان<sup>(١)</sup>.

وأما القانون فإنه عرّف العقد أنه (ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)، ويعرّف فقهاء القانون الفرنسي العقد أنه (اتفاق إرادتين على انشاء التزام أو نقله)<sup>(٢)</sup>.

ويعرّف أيضاً أنه (تطابق إرادتين أو أكثر على تحقيق أثر قانوني معين، هذا الأثر قد يكون انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهائه)، ولذلك فإننا لا نكون أمام عقد إلا إذا وجدت إرادتين لا إرادة واحدة، وإذا نشأ التزام ما بإرادة واحدة فإنّ هذا الالتزام ليس عقداً وإنما إرادة منفردة كالوعد بالجائزة<sup>(٣)</sup>، وكذلك فإنّ هذه الإرادة يجب أن تتجه إلى إحداث أثر قانوني تتضمن انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انقضائه، وهذا الأثر يجب أن يضيف القانون عليه جزاء وإلا لا يعدّ عقداً<sup>(٤)</sup>.

وبهذا يتضح لنا أنّ المسؤولية العقدية هي جزاء لإخلال أحد طرفي العقد أو كليهما بالتزام قد نشأ من العقد الذي أبرموه، وترتب على ذمة من أحلّ بالتزامه من أطراف العقد، وهي تفترض قيام عقد صحيح واجب التنفيذ لم يقم المدين بتنفيذ ما ترتب عليه من الالتزام الناشئ بسبب العقد<sup>(٥)</sup>. فالمسؤولية العقدية ترتب على كل متعاقد لم يقم بالالتزام بالعقد، ويختلف هذا الالتزام باختلاف ما اشتمل عليه مضمون العقد، وهي بهذا الحال تعني أنها جزاء يقع على عاتق المدين نتيجة عدم التزامه الناشئ عن العقد<sup>(٦)</sup>؛ وهي لذلك تستلزم وجود عقد صحيح لم يقم المدين بتنفيذه أو أنه تأخر بتنفيذه، مالم يثبت أنّ سبب عدم التنفيذ هو أجنبي لا صلة له بالمدين<sup>(٧)</sup>.

وعلى هذا نصت المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لعام ١٩٥١ المعدل على أنه (إذا استحال على الملتزم ان ينفذ الالتزام عينا، حكم عليه بالتعويض

لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه).

وتتحقق هذه المسؤولية بشكل عام في حال امتناع المدين عن تنفيذ التزامه العقدي أو في حالة قيامه بالتنفيذ ولكن بشكل معيب والذي يؤدي إلى إلحاق الضرر بالدائن، وكل هذا يستوجب وجود عقد صحيح حصل عليه إخلالاً<sup>(٨)</sup>.

والعقد الصحيح (هو العقد المشروع ذاتاً ووصفاً بان يكون صادراً من اهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع وأوصافه صحيحة سالمه من الخلل)<sup>(٩)</sup>.

وعرّف العقد الطبي أنه (اتفاق بين الطبيب والمريض على ان يقوم الأول بعلاج الثاني بمقابل أجر معلوم)<sup>(١٠)</sup>.

وعرّف أيضاً أنه (اتفاق يربط الطبيب والمريض يلتزم بمقتضاه الأول بتقديم العلاج الاوفق لحالة المريض وفقاً للمعطيات المستقر عليها علمياً ويقوم الثاني بمقابل ذلك بدفع اتعاب الأول)<sup>(١١)</sup>.

وكذلك عرّف أنه (اتفاق بين الطبيب وزبونه يلتزم بمواجهة الأول بان يقدم للثاني خدماته الفنية مقابل اجرة يدفعها هذا الاخير وتتمثل الخدمات الفنية التي يلتزم الطبيب بتقديمها للزبون بالاعتناء بصحته من خلال الوقاية من الامراض أو تشخيصها أو علاجها أو القيام بغيرها من الاعمال الطبية المشروعة وذلك وفق الضوابط المستقر عليها في علم الطب والقانون أيضاً)<sup>(١٢)</sup>.

ونرى أن التعريف الأخير هو الأرجح لأنه يشمل التزامات الطرفين خدمات فنية واجور ومن ثم استبعاد العمل المجاني، وأيضاً إيراداً للأعمال الطبية المتعلقة بالوقاية والتشخيص والعلاج، وكذلك فإن علاقة الناقل والزراع بإدارة المستشفى العام كما ذهب أغلب الفقهاء بأنها علاقة تنظيمية وعلى هذا الحال لا تدخل بموضوع التكيف<sup>(١٣)</sup>.

انتقد بعض الفقهاء الآراء الفقهية التي عدت المسؤولية الناتجة هي مسؤولية تقصيرية، وانتقدوها على أساس أن وجود العقد ينفي بالمجمل وجود المسؤولية تقصيرية ولذلك فإن المسؤولية المتحققة هي عقدية<sup>(١٤)</sup>، وأن اختيار المتلقي لهذا الطبيب من دون باقي الأطباء يفرض قيام المسؤولية العقدية وفي هذا اتجهت بعض الأحكام القضائية<sup>(١٥)</sup>.

إنَّ المسؤولية المتحققة هي مسؤولية عقدية، إذ يتحقق العقد في اللحظة التي يبدأ فيها المانح بتشخيص حالته الصحية التي تكشف عن مدى ملائمة أعضائه لنقلها إلى المتلقي، وقد يستبعد هذا الرأي كلياً على اعتبار أنَّ اتفاق المانح مع المتلقي ليس عقداً؛ لأنه لا يكون في نطاق المعاملات المالية، ولكننا سرعان ما يرد على هذا الرأي بالقول بأن هذا التصرف القانوني هو عقد تبرع حاله حال العارية والقرض وفيه لا يشترط المتعاقد الآخر أن يأخذ عوضاً عما أعطاه<sup>(١٦)</sup>، وأما الرأي الذي يجيز بيع الأعضاء البشرية فيتحقق فيه وجود عقد أيضاً وهو عقد بيع وشراء لا يختلف عن أي عقد بيع وشراء آخر<sup>(١٧)</sup>.

ومهما يكن من أمر فإنَّ العلاقة الثابتة بين المتلقي والمانح هي علاقة عقدية سواء كان عقد تبرع أو عقد بيع وشراء، ولكن الإشكالية القانونية في التكييف تقع بين المانح والمتلقي من جهة وبين الناقل والزارع من جهة أخرى، فهناك رأي يذهب بتحقيق العلاقة العقدية بين المانح والمتلقي من جهة وبين الناقل والزارع عند البدء بتشخيص حالة المريض والمانح لأجل إجراء عملية نقل الأعضاء، وتتحقق في حالة وجود هذا العقد بين المتلقي والمانح من جهة والناقل والزارع من جهة أخرى بمجرد قيام الطبيب بفتح عيادته وعرض اختصاصه بنقل وزرع الأعضاء فإنه يضع نفسه في موقف من يعرض الإيجاب وعند قبول المتلقي والمانح لهذا العرض يتم القبول، وكذلك عندما يعرض المتلقي حاجته للأعضاء البشرية وقبول المانح بإعطاء الأعضاء نكون أمام عقد ملزم<sup>(١٨)</sup>.

وقد قرر القضاء الفرنسي في عام ١٨٣٩ أنَّ طبيعة العلاقة التي تربط بين الطبيب وبين المريض هي علاقة عقدية يلتزم فيها المريض بدفع الأجرة ويلتزم فيها الطبيب بعلاج هذا المريض<sup>(١٩)</sup>.

وصدر قرار في عام ١٩٣١ من محكمة استئناف إكس الفرنسية تضمن النص على ردِّ الدفع بالتقدم المقدم من جهة الطبيب المعالج، وكذلك نصَّ على أنَّ المسؤولية المدنية المتحققة بين المريض والطبيب هي مسؤولية عقدية يلتزم بموجبها الأطراف بالعقد المبرم<sup>(٢٠)</sup>.

وهذا القرار لم يحسم طبيعة مسؤولية الطبيب بوصفها تعاقدية فحسب، بل قرر أيضاً في نوعية التزامه بعدّه التزاماً ببذل عناية، فالقرار أكدّ أن العقد الطبي لا ينشأ التزاماً بشفاء المريض، وإنما يوجب معالجته بانتباه ويقظة وصدق وضمير وفقاً للمكتسبات العلمية المستقرة في هذا المجال<sup>(٢١)</sup>.

ومنذ هذا الحكم استقر القضاء في فرنسا على أنّ مسؤولية الطبيب عن أخطائه ذات طابع تعاقدي<sup>(٢٢)</sup>.

واتجهت محكمة النقض المصرية في عام ١٩٦٩ إلى عدّ المسؤولية المتحققة مسؤولية تعاقدية، فالمريض وبمحض اردته هو من اختار الطبيب، لأجل علاجه، وعلى الطبيب وبمقتضى هذا العقد ان يلتزم ببذل العناية؛ لأجل شفاء هذا المريض، ويسأل الطبيب عن اي تقصير يصدر منه جراء التزامه العقدي، وأنّ العناية المطلوبة منه تقضي أن يبذل جهداً صادقاً ويقظة وحذر<sup>(٢٣)</sup>.

وأما علاقة المانح بالطبيب نرى أنها تكتسب أحكام العلاقة بين المتلقي والطبيب نفسها. ولكن موضوع العقد بين المانح والمتلقي كان له أحكام خاصة بجزيئة عدول المانح عن تبرعه، فقد انقسمت القوانين في مسألة عدول المانح إلى قسمين الاول: ذكر الموضوع صراحة، والآخر: سكت عن هذا الموضوع وأرجعت هذه الأحكام إلى القواعد العامة.

وهناك قوانين نصت على إمكان جواز العدول عن المانح مثل القانون التونسي، إذ نصّ على أنه (يجوز للمتبرع ان يتراجع عن رضاه قبل إجراء العملية دون التقييد باي شكل)<sup>(٢٤)</sup>، وكذلك ذهب المشرع الاماراتي بالاتجاه نفسه، إذ نصّ على أنه (يجوز للمتبرع قبل إجراء عملية الاستئصال ان يرجع في تبرعه في اي وقت دون قيد أو شرط ولا يجوز للمتبرع استرداد العضو الذي تم استئصاله منه بعد أن تبرع به وفقاً للقانون)<sup>(٢٥)</sup>.

أي أنه يجوز للمانح أن يرجع عن هذا التبرع ولو بلحظة قبل إجراء عملية النقل ولم تبين هذه القوانين إمكان أن يقاضي المتلقي المانح عن المصاريف المترتبة على العملية، ولكن أعطي الحق صراحة بالعدول.

وفي هذا الموضوع نفسه هناك سؤال عن مدى مشروعية عقد التأمين عن الخطأ الصادر من الناقل والزراع، سواء كان طالب التأمين المتلقي والمناح أو الناقل والزراع؟ يجيب أغلب الفقهاء ان لا ضير بان يكون هناك تأمين عن مثل هكذا أخطاء، وستكون مطالبة المتلقي بالتعويض من شركة التأمين، وهنا لن تمس الذمة المالية للناقل والزراع شرط ان لا يكون الضرر عمدياً، مع الإشارة إلى امكانية رجوع شركة التأمين في حالات متعددة على المؤمن<sup>(٢٦)</sup>.

### الفرع الأول

#### أركان المسؤولية العقدية لنقل وزرع الأعضاء البشرية

للمسؤولية العقدية في نقل وزرع الأعضاء البشرية اركان ثلاث تنهضها، وهي الخطأ، العقدي والضرر الناتج من هذا العقد، والعلاقة السببية التي تربط هذا الضرر مع الخطأ.

#### أولاً. الخطأ العقدي في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية:

ونعني به عدم التزام المتعاقد في هذه العملية بما التزم به في العقد، وعلى هذا فهو مسائل عن هذا الخطأ في حال توافرت باقي الأركان العقدية، ويمكن ان يسأل ايضاً أحد الأطراف عن فعل الغير أو الشيء الذي تحت سيطرته، ويكون الالتزام بهذا العقد هو التزام بتحقيق نتيجة أو يكون التزام ببذل العناية، فيكون المخل مسؤولاً، إلا إذا كان هناك سبب أجنبي حال دون تنفيذ هذا الالتزام.

#### ثانياً. الضرر العقدي في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية:

ونقصد بهذا الضرر التعدي أو الأذى الذي ينتج بسبب عدم الالتزام بالعقد الذي ارتبط به أطراف العملية<sup>(٢٧)</sup>.

ويتصور هذا الضرر بعدة أنواع، فقد يكون ضرراً جسدياً سواء كان هذا الضرر مميتاً أو غير مميت معطلاً أو مثل لبعض الأعضاء أو مسبباً للآلام أو تعويق مدة معينة من الزمن، اي قد يكون الضرر مادياً أو معنوياً<sup>(٢٨)</sup>.

ويمكن أن يصيب هذا الضرر الذمة المالية، وهذه الاخيرة قد تتمثل بالمصاريف العلاجية أو ما فات الشخص من كسب وما لحقه من خسارة أو غيرها، وقد يكون هذا

الضرر هو ضرر معنوي يصيب مصلحة مشروعة للمتضرر منتجا له الما أو قد يصيب المتضرر في سمعته أو شرفه أو حريته وكذلك كرامته<sup>(٢٩)</sup>.

ثالثاً. العلاقة السببية العقدية في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية:

تتمثل هذه العلاقة بارتباط الخطأ مع الضرر، أي أنّ هذا الخطأ هو الذي سبب الضرر، وعليه يجب أن تتوافر الاركان السابقة لقيام المسؤولية العقدية، ومما لا يخفى أنّ هنالك عدة التزامات في هذا التعاقد، فيجب الالتزام ببذل العناية اللازمة التي هي بذل الجهد الذي يؤدي إلى الوصول إلى الغرض من العملية أو قد لا يتحقق هذا الغرض، وهو الشفاء مما يعني أن هذا الالتزام لا يعني ضماناً لنتيجة الشفاء، ولكن يجب على الناقل والزارع بذل الجهد المطلوب لتحقيق الغرض<sup>(٣٠)</sup>.

وهناك التزام تحقيق النتيجة المطلوبة من العملية، وهذه النتيجة مطلوبة بالدرجة الاساس من الناقل والزارع، فالمتلقي في العقد يكون التزامه الأساس دفع الأجرة والالتزام بما يطلبه الطبيب<sup>(٣١)</sup>.

### الفرع الثاني

#### مميزات عقد نقل وزرع الأعضاء البشرية وخصائصه

بعد ان نظرنا اركان المسؤولية العقدية، فعلياً ان نحدد خصائص هذا العقد الذي تنشأ عنه هذه المسؤولية بين المتلقي والمانح من جهة والناقل والزارع من جهة أخرى، فعقد نقل وزرع الأعضاء البشرية له ما يميزه من غيره من العقود، ويرى البعض أنهما عقدان منفصلان، وهناك من يرى انه عقد واحد مركب.

أولاً. مميزات عقد نقل وزرع الأعضاء البشرية:

لعقد نقل وزرع الأعضاء البشرية مميزات تجعله مختلفاً عن غيره من العقود، فهو ليس عقد عمل، لان عقد العمل تكون فيه المدة كشيء اساسي وعقدنا هذا لا يشترط فيه وجود مثل هذا الموضوع<sup>(٣٢)</sup>، ومن حيث علاقة التبعية فان عقد العمل توجد فيه علاقة تبعية بين العامل ورب العمل، لكن في عقدنا هذا قد توجد بين الناقل والزارع ومن يعمل بمعيته كالمخدر والممرض، ولكن لا مجال للقول بوجود علاقة تبعية بين الجراح من جهة والمتلقي والمانح من جهة أخرى، لان باي حال من الاحوال فان

المتلقي والمانح لا يقابلون العامل، ويجب على الناقل والزارع ان يتمتع بحرية تامة لتطبيق أصول مهنة الطب<sup>(٣٣)</sup>.

وأيضاً فإن عقد نقل وزرع الأعضاء البشرية يختلف عن عقد المقاولة؛ لان في الاصل ان التزام الناقل والزارع هو التزام بوسيلة وهذا خلاف التزام المقاول في عقد المقاولة؛ لان رب العمل يطلب عملاً يتحتم انتاجه وما على المقاول إلا أن يختار الوسائل المختلفة التي تؤدي للوصول إلى النتيجة<sup>(٣٤)</sup>.

وفي هذا العقد شخصية الناقل والزارع هي محل اعتبار فإذا مات انقضى العقد، على حين ان الاصل في عقد المقاولة ان شخصية المقاول ليست محل اعتبار، ولذلك فان العقد لا ينتهي بوفاة المقاول إلا إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار، كذلك أن الطبيب لا يستطيع ان يوكل علاج المتلقي لطبيب آخر، على حين ان المقاول يستطيع ذلك من خلال المقاولة من الباطن، الا اذا اتفق على خلاف ذلك<sup>(٣٥)</sup>.

وعلى ذلك فإن هذا العقد هو عقد قائم ذاته لا ينطوي تحت اي مسمى لعقد آخر.

#### ثانياً. خصائص عقد نقل وزرع الأعضاء البشرية:

لعقدنا هذا خصائص عامة كبقية العقود، فهو ملزم للجانبين وغير مسمى ورضائي وقائم على الاعتبار الشخصي.

#### ١- أنه عقد غير مسمى ملزم للجانبين:

بداية يقصد بالعقود المسماة هي التي وضع المشرعون لها اسم ونظموا أحكامها بنصوص خاصة، اما العقود غير المسماة، فهي العقود التي لم يضع المشرعون تسمية خاصة بها ولم ينظموا أحكامها بنصوص خاصة<sup>(٣٦)</sup>.

وهناك جانب من الفقه ينظر إلى هذا العقد على انها عقود مركبة أو ما يسميها بالعقود المختلطة التي هي عبارة عن جمع لعقود سماها القانون وعقود لم يسمها، يهدف المتعاقدون فيها تحقيق غرض يحميه القانون<sup>(٣٧)</sup>.

إن طرفا العقد الطبي لهما الحرية المطلقة في ابرام العقد من عدمه، وعلى هذا يدخل تحت اطار المسؤولية المدنية، على الرغم من ان المشرع العراقي لم ينظم هذه العقود أو باقي العقود الطبية بنصوص قانونية خاصة، الا انه يخضع لقواعد القانون المدني العامة لأنه لا ينطوي على جانب الربح والخسارة كالعقود التجارية، وهو ملزم للجانبين

لان فيه التزامات متقابلة تقع على عاتق المانح والمتلقي من جهة والطبيب من جهة أخرى، وهذا ما نصت عليه المادة (١١٠٢) من القانون المدني الفرنسي (يكون العقد ملزماً للجانبين إذا التزم العاقدان على وجه التبادل كل منهما نحو الآخر)<sup>(٣٨)</sup>.

وترتب الزامية هذا العقد للجانبين آثاراً مثل حالة تنصل أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر المطالبة بفسخ هذا العقد، وكذلك اذا لم يتم احد المتعاقدين من تنفيذ الالتزام المبرم في العقد في الوقت نفسه طالب المتعاقد الآخر بتنفيذ ما بذمته من التزامات تجاهه، جاز في هذه الحالة للمتعاقد الآخر ان يدفع بعدم التنفيذ ما لم يكن مكلفاً قانونياً واتفاقياً بالتنفيذ اولاً، وكذلك تعمل أحكام الالتزام للجانبين في حال استحالة على احد المتعاقدين تنفيذ الالتزام بالعقد لسبب خارج عن ارادته، وينفسخ العقد بحكم القانون ولكنه يتحمل تبعه الهلاك، مثل إصابة الناقل والزراع بمرض يمنعهم من القيام بالعملية<sup>(٣٩)</sup>.

## ٢- أنه عقد رضائي:

في المجلد إن الاصل في العقود هو الرضائية، وهذه الأخيرة تعني ان العقد ينعقد بمجرد وجود التراضي، وهناك عقود اشترط القانون لها شكلاً معيناً<sup>(٤٠)</sup>.

ويرى البعض في خضم حديثه عن عقد البيع، بوجود ملاحظات كثيرة على التقسيم الرضائي والشكلي للعقود، منها ان الشكلية لا تتعلق بالعقد، ولكنها تتعلق بالتعبير عن الإرادة، وهذا ما نراه، الا اننا سنسائر الرأي الغالب لدى الفقهاء بهذا التقسيم<sup>(٤١)</sup>.

إنّ هذا النوع من العقود يعدّ من العقود الرضائية، ولكن القول بهذا المعنى لا يكون بشكل مطلق، خصوصاً ان هذه العمليات بالغة الخطورة ويجب ان تسبقه إجراءات شكلية تثبت فيها الموافقات الاولية من المانح والمتلقي والناقل والزراع ... الخ، ولكن يبقى هذا العقد من العقود الرضائية.

وتجدر الإشارة أنّ المستشفيات الخاصة والعامة العراقية تأخذ تعهدات من الذين يجب ان تجرى عليهم العمليات، يتعهد من خلالها المتلقي أو ذويه بعدم قيامهم بإجراءات التقاضي أو طلب التعويض وهذا التعهد هو أحد شروط إجراء العملية ويحفظ في إصابة المتلقي، وفي حالة عدم التوقيع على هذا التعهد من قبل المتلقي أو ذويه فإنّ المستشفيات والأطباء يمتنعون عن إجراء العملية، ونعتقد ان هذا التعهد يستند إلى

نص المادة (٢/٢٥٩) من القانون المدني العراقي الذي اعطى الإجازة على الاتفاق على الاعفاء عن اي مسؤولية على عدم تنفيذ الالتزام التعاقدى إلا إذا كان عدم التنفيذ ناشئ عن غش أو خطأ جسيم، ونرى أن نص المادة التي يستند إليها التعهد لا تنطبق على حالة الإنسان المريض وانما شرعت هذه الأحكام لأجل المعاملات المالية البحتة، إضافة إلى أن المادة المذكورة لم تمنع المتضرر عن إجراءات التقاضي، فمن يثبت الغش والخطأ الجسيم هو القضاء، ونرى ان الامتناع عن اداء الواجب باقرا ن إجراء العملية من عدمها بالتعهد هو خلافا للقانون الذي عاقب على مثل هكذا تصرفات وعدها من الجرائم<sup>(٤٢)</sup>.

### ٣- أنه عقد فوري التنفيذ:

يعدّ عقد نقل وزرع الأعضاء البشرية عقد فوري التنفيذ، وهذا النوع من العقود يميز بإمكانية تنفيذه الفوري، فليس للزمن فيه دور، فالمعطي يلتزم بالتبرع بعضوه وتسليمه للناقل والزارع لأجل زرعه في المتلقي، والآخر ملتزم بدفع أجرة الناقل والزارع، وكذلك الحال للأخير الذي يقوم بالعملية، ونشير إلى ان التزام المتلقي بدفع الاجرة لا يهم بعد ان يتفق مع الناقل والزارع بأن يدفعه فوراً أو يؤجله أو حتى يدفعه بشكل اقساط دورية<sup>(٤٣)</sup>.

### ٤- أنه يقوم على الاعتبار الشخصي:

إنّ عقد زرع ونقل الأعضاء البشرية من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي من مبدأ حرية المتلقي والمانح في اختيار الطبيب، اذ يقوما باختيار ما يعتقدان انه الانسب للعملية، ويتمتع الطبيب ايضا بهذا الحق فله الحق باختيار مرضاه الا في الحالات الاستثنائية، ويترتب على كون هذا العقد قائما على الاعتبار الشخصي هو انقضاءه عند وفاة الطبيب، وان حل طبيب اخر محله فهنا نكون امام عقد جديد، وكذلك ينقضي في حال وفاة المتلقي أو المانح.

ولكن للناقل والزارع يمكنهما بعد الاتفاق مع الطرف الآخر بالعقد المبرم ان ينيبا ناقلا وزارعا آخر في إجراء العملية، واما المتلقي أو المانح له فيمكن ان يناب بالتعاقد ويمكن ان يتعاقد اصالة عن نفسه<sup>(٤٤)</sup>.

## ٥- من عقود المعاوضة:

إنَّ العقود نوعان معاوضة وتبرع، إذ يأخذ كل من المتعاقدين مقابلاً لما يعطيه، فالمتلقي يقدم الاجرة إلى الطبيب والآخر يقوم بتقديم الخدمة الطبية للمتلقي والمانح، وفي حال كون الاتجاه القانوني يقضي بأن علاقة المتلقي بالمانح علاقة بيع وشراء فيتحقق هنا وجود المقابل الذي يعطيه المتلقي إلى المانح<sup>(٤٥)</sup>.

## ٦- قائم على الثقة والسرية:

يتميز هذا العقد من العقود الأخرى بدرجة عالية من المصادقية والثقة؛ لأنه يمس حياة الإنسان، فالمتلقي والمانح أطراف ضعيفة وعديمة الخبرة في الموضوع الطبي، ووظيفة الناقل والزرار هي فقط شفاء المتلقي وعدم إلحاق الأذى بشخص المانح، والمصادقية هي أفضل خاصية يختص بها العقد الطبي بشكل عام<sup>(٤٦)</sup>.

وموضوع السرية في العمل الطبي عموماً تعد من الأركان الرئيسية في ممارسة هذه المهنة واحد الاخلاقيات التي يجب ان تتجلى بالطبيب دائماً، وهي انعكاس للثقة المتبادلة بين المريض وطيبه ايضاً، وتنشأ عن الشعور بان المعلومات التي يفصح عنها المريض لطيبه والأشياء التي يكشفها الطبيب عند فحصه لا تخرج عنهما أبداً إلى شخص ثالث، لأنَّ مهنة الطب مهنة من نوع خاص لا شبيه لها بين المهن الأخرى، فهي مهنة ممارسة فنية وأخلاقية هدفها خدمة الإنسانية، وجاء القانون ليجرم إفشاء الأسرار للمريض<sup>(٤٧)</sup>.

## الفرع الثالث

## حجج الاتجاه القائل بالمسؤولية العقدية

إنَّ هذا الاتجاه الذي اخذ بكون الطبيعة القانونية لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية هي مسؤولية عقدية له عدة حجج، لتكثيف هذه العلاقة ويمكن اجمالها في الآتي:

١- **الرابطة العقدية:** إذ يعدّ القائلين بأن هذه المسؤولية هي مسؤولية عقدية وخصوصاً بين المتلقي والمانح مقابل الطبيب، لأنَّ الأخير يكون بحالة إيجاب دائم ومستمر، اتجاه الجميع بدلالة لافتة عيادته التي تبين ذلك من حيث اسمه وتخصصه ودرجته العلمية تعدّ إيجاباً يوافقهما القبول من المتلقي والمانح اللذان يقبلان بعلاجه وإجرائه للعملية ويراجعانه على إثر إعلان هذا الإيجاب<sup>(٤٨)</sup>.

وكذلك الايجاب الصادر من المتلقي إلى الجمهور بالتبرع يقابله قبول من قبل المانح، وبهذا نكون عقدا مكتمل الأركان.

٢- **النظام العام:** هنالك اتجاه يعارض الاتجاه القائل بان هذه المسؤولية هي مسؤولية عقدية ويعتمد هذا الرأي القول إن حياة الإنسان لا تكون محلاً للتعاقد وهذا العمل لا يتفق مع جعل جسد المتلقي والمانح تحت رحمة وسيطرة الطبيب الذي يمكن ان يتصرف في المتلقي كما يريد، لان المتلقي موجود تحت حماية النظام العام وليس من حق الطبيب الاتفاق والعمل على خلاف ذلك<sup>(٤٩)</sup>.

ولكن أصحاب الاتجاه القائل بالمسؤولية العقدية يرون ان الاتفاق الحاصل بين الطبيب من جهة والمانح، والمتلقي من جهة اخرى لا يعطي الحق للطبيب المعالج ان يضر بالمتلقي أو المانح وأن التزامه امام المتلقي والمانح هو التزام ذو طبيعة تعاقدية<sup>(٥٠)</sup>.

وأن العقد المبرم بين الطرفين يضع على أطرافه الالتزام بالقواعد القانونية والمهنية وان مسألة النظام العام تقرر الحد الأدنى للالتزامات الطبيب اتجاه المتلقي ولم تقرر ان يتم تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية على المسائل الطبية<sup>(٥١)</sup>.

٣- **المهن الطبية:** عندما يقوم المتلقي والمانح بالتعاقد مع الناقل والزرع لإجراء عملية النقل والزرع فإن الاخير يلتزم تجاه المتلقي والمانح بكل ما تقتضيه مهنة الطب والعمل من خلال بذل العناية اللازمة وفق ما هو مقرر في هذه الحالة وأن يلتزم بكل ما يطلب منه ويراعي القواعد والاصول العلمية لمزاولة مهنة الطب<sup>(٥٢)</sup>.

٤- **الخدمات التي يقدمها الناقل والزرع والمانح لا يمكن تقديرها مادياً:** القول هذا صحيح ولكن لا يجوز عدّه أساساً في تحديد الطبيعة القانون لهذا الموضوع في ظل ان الناقل والزرع يقوم بالمطالبة بأجرة وفي حالات كثيرة يوجد تعامل من الباطن مع المانح<sup>(٥٣)</sup>.

وعلى هذا فإنه يقع على عاتق الناقل والزرع التزام عام يفرضه القانون وآخر موجود في العقد وان المسؤولية الطبية هي مسؤولية عقدية وليست تقصيرية؛ لان الاتفاق بين الطرفين اضاف شيئاً جديداً للالتزام القانوني؛ لأنه بدون وجود العقد ليس للمتلقي والمانح من حق ان يلزم الطبيب المعالج ان يقدم له العناية الطبية اللازمة إذ أن

الطبيب إذا لم يقم بما يطلب منه ويهمل في ذلك تتحقق المسؤولية العقدية، وهذا ما يؤكد القول بان المسؤولية هي عقدية<sup>(٥٤)</sup>.

### المطلب الثاني

#### المسؤولية التقصيرية لنقل وزرع الأعضاء البشرية

إنَّ المسؤولية التقصيرية تنشأ خارج دائرة العقد، ويكون مصدر الالتزام بها هو القانون، فإذا سلك الشخص سلوكاً سبب ضرراً للغير يلزم بالتعويض، لذلك فهي تقوم على الإخلال بالالتزام قانوني واحد لا يتغير، وهو الالتزام بعدم الإضرار بالغير<sup>(٥٥)</sup>.

وهذه المسؤولية تعني التزام الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الشخصي أو عن فعل من هم تحت رعايته من الأشخاص أو الاتباع، أو التي تكون تحت سيطرته كالألات أو الحيوانات أو غيرها ضمن الأطر التي حددها القانون<sup>(٥٦)</sup>.

ويقصد بها أيضاً (الإخلال بالالتزام القانوني وهو واجب الحيطة والحذر حتى لا يكون هناك ضرر بالآخرين، والا ترتب على ذلك مسؤولية قوامها تعويض المضرور)<sup>(٥٧)</sup>.

وتتحقق المسؤولية التقصيرية عند الإخلال بالواجب العام الذي يفترض علم كل شخص به، وهو عدم الإضرار بالغير، ولا تكون المسؤولية التقصيرية قائمة على سبق وجود رابطة تعاقدية بين الأطراف<sup>(٥٨)</sup>.

وعليه فإنها تعني مساءلة المخطئ بسبب ما قام به من خطأ في المتضرر، تتمثل بإلزامه بتعويض هذا الضرر من دون أن يكون هناك ثمة عقد بينهما<sup>(٥٩)</sup>.

وقيل أيضاً عن المسؤولية التقصيرية بأنها تلك التي تقوم على الإخلال بالالتزام القانوني وهو التزام عام واحد لا يتغير، وهو التزام عدم الإضرار بالغير، ويقوم بإتلاف أي شيء تابع إلى شخص آخر أو يلحق به ضرراً<sup>(٦٠)</sup>.

وقد عالج المشرع العراقي أحكام المسؤولية التقصيرية في مواد متعددة<sup>(٦١)</sup>، وواقع الأمر ان المسؤولية التقصيرية، أو العمل غير المشروع لا ينحصر في نطاق الاعمال التي عين القانون اسمائها وذكرها في نصوصه مثل إتلاف وغصب المال وغيرها، بل ان القانون وسع من دائرة العمل غير المشروع وجعله أكثر شمولاً من ذلك، وتقريراً لهذا نص القانون في هذا الموضوع على أنه (كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر بالمواد السابقة يستوجب التعويض)<sup>(٦٢)</sup>.

وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أن المسؤولية المتحققة في العلاقة الطبية بين المريض والطبيب هي مسؤولية تقصيرية قوامها الاخلال بالواجب القانوني المفروض على الطبيب<sup>(٦٣)</sup>.

وفي قرار صادر عن محكمة التمييز عد مسؤولية الطبيب هي مسؤولية تقصيرية، طبقاً لأحكام المادة (٢٠٢) من القانون المدني العراقي<sup>(٦٤)</sup>.

والجانب الفقهي المؤيد بأن المسؤولية هي مسؤولية تقصيرية، ارجع الامر إلى ان الالتزام القانوني بالمجمل يفرض عدم الاضرار بالغير، برر ذلك بان العلاقة بين أطراف العملية لا يمكن احتواؤها، لان العقد المبرم بين أطراف العملية هو عقد غير متكافئ وان حياة الإنسان وصحته ليست محلا للتعاقد<sup>(٦٥)</sup>.

إنَّ المسؤولية التقصيرية في نقل وزرع الأعضاء البشرية لها ثلاثة اركان: وهي الخطأ التقصيري، والضرر، والعلاقة السببية بينهما كما يأتي:

### الفرع الأول

#### أركان المسؤولية التقصيرية في نقل وزرع الأعضاء البشرية

وقبل أن نبحث في حجج الذين اخذوا بهذا الاتجاه علينا أولاً أن نقف على أركان هذه المسؤولية التي تتكون من ثلاثة أركان، وكالاتي:

أولاً. الخطأ التقصيري (الفعل الضار).

ثانياً. الضرر.

ثالثاً. العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

أولاً. الخطأ التقصيري (الفعل الضار):

هو الاخلال بالتزام مصدره القانون ويتكون الخطأ التقصيري من عنصرين:

١- **التعدي:** يعد الشخص متجاوزاً أو متعدياً وفقاً لمعيارين: احدهما شخصي على اساس النظر للفعل من خلال شخص الفاعل إذا كان حريصاً أو يقظاً للوصول للعمل الخاطيء.

ومعيار موضوعي على اساس النظر إلى الانحراف دون الاهتمام بالأمر والظروف الشخصية للفاعل مع ضرورة الاشارة إلى ان هنالك حالات يتم فيها التعدي وفقاً

للنص القانوني أو ان يكون مشروعاً كما في حالة الدفاع الشرعي أو تنفيذ امر الرئيس وحالة الضرورة<sup>(٦٦)</sup>.

٢- **عنصر معنوي وهو الإدراك والتمييز:** بالنسبة للأنظمة القانونية التي تقيم المسؤولية على اساس الخطأ فإنه لا يكفي ان ينحرف الشخص عن سلوكه بل يلزم الإدراك والتمييز من قبل الشخص المتعدي، فالصبي والمجنون لا تقرر مسؤوليتهم عن أفعالهم، لأنه لا يتوافر لديهم الإدراك والتمييز<sup>(٦٧)</sup>.  
ثانياً. الضرر:

وهو الأذى الذي يصيب المانح أو المتلقي أو الناقل والزراع مما يلزم تعويضه لأنه يمس حقاً من الحقوق أو مصلحة مشروعة، سواء تعلق الحق أو المصلحة بالحياة أو الحق بالسلامة الجسمية أو بعدم المساس بالعواطف أو المال أو الحرية أو الشرف أو غير ذلك<sup>(٦٨)</sup>.

#### ١- شروط الضرر في المسؤولية التقصيرية لنقل وزرع الأعضاء البشرية:

هناك شروط يجب توافرها للضرر في المسؤولية التقصيرية لنقل وزرع الأعضاء البشرية حتى يتم التعويض وهي:

أ- أن يكون الضرر محققاً: فيكون ثابتاً وواقعاً ويكون متعدي الأثر إلى المستقبل ليشمل الضرر الحالي والمستقبلي<sup>(٦٩)</sup>.

ب- أن يكون الضرر مباشراً: وهو ما كان نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه، ويعد كذلك اذا لم يكن في مقدور مسبب الضرر ان يتوخاه ببذل جهد معقول<sup>(٧٠)</sup>.

فلا يتحقق الضرر في حال وفاة المانح أو المتلقي مثلاً بسبب اصابته بمرض سابق أو لاحق لم يكن للناقل والزراع يد في حصوله أو انهما قد بذلا الجهد المطلوب، ولكن الضرر قد تحتم.

ج- أن يصيب الضرر مصلحة مشروعة أو حقاً مكتسباً: يشترط للتعويض عن الضرر في المسؤولية التقصيرية لنقل وزرع الأعضاء البشرية أن يقع الضرر على حق مكتسب يحميه القانون أو على مصلحة مشروعة، ولكنها لا ترتقي إلى حق ثابت، ولكنها بكل الاحوال غير مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة.

فلا يتحقق الضرر في هذه الحالة إذا ما قام الناقل والزراع مثلاً بوضع المتلقي أو المانح في غرفة تواجد فيها أكثر من مريض ولا يخل ذلك بصحة المانح أو المتلقي ولا بمتابعتهما.

د- أن يكون الضرر شخصياً لمن يطلب التعويض: لا تقبل المطالبة بالتعويض إلا من قبل المتضرر نفسه أو أي شخص آخر له صفة قانونية كوكيله أو خلفه العام، أي أن يكون الأذى المطالب بالتعويض عنه قد أصاب شخص المتضرر سواء بحق جسده أو ماله أو الجانب المعنوي، وإيضاً فإن الأذى لا يقف عند المتضرر لوحده، بل يشمل أناساً آخرين وهو ما يمس الضرر المرتد، وهو ضرر شخص بالتبعية. فلا يحق لدائرة المتضرر أن تطالب بالتعويض الذي وقع على الموظف أثناء إجراء عملية النقل والزرع.

## ٢- أنواع الضرر في المسؤولية التقصيرية لنقل وزرع الأعضاء البشرية:

يمكن العمل على تقسيم الضرر في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية إلى ثلاثة أنواع: وهي الضرر الجسدي، والضرر المالي، والضرر المعنوي:

أ- **الضرر الجسدي:** وهو الأذى الذي يصيب جسد الإنسان، فأما أن يسبب ازهاق روح الإنسان، أو يصيب الجسم بالأذى ولا يسبب الموت، بل إصابة الجسد بأذى أو عاهة، فتعطل بعض أعضاء الجسم، فيكون إما عجز مؤقت أو دائم.

ب- **الضرر المالي:** وهو الذي يصيب الذمة المالية، فيسبب تلفه الجزئي أو الكلي، فتتقص قيمته أو تقل منفعته<sup>(٧١)</sup>.

فالمتلقي الذي أنفق أمواله في سبيل تحقيق الشفاء لجسده، وبسبب الخطأ الناجم من باقي أطراف عملية النقل والزرع، لم يحقق غايته، فله الحق بالرجوع على مسبب الضرر.

ج- **الضرر المعنوي:** وهو الضرر الذي يصيب الشخص في شرفه أو سمعته أو حريته أو شعوره أو عاطفته أو مركزه الاجتماعي أو المالي، ويشمل الحزن والأسى وما يفترقه الإنسان من الحب والحنان وموت قريب له<sup>(٧٢)</sup>.

فيسأل الناقل والزراع والمانح عن الأضرار المعنوية التي سببها للمتلقي؛ لإفشائهم أسرار طبية تخصه سببت له ضرراً في سمعته أو شعوره.

ثالثاً. رابطة السببية بين الخطأ والضرر :

حتى تتحقق المسؤولية التقصيرية في نقل وزرع الأعضاء في القانون الوضعي، يجب توفر علاقة السببية بين الخطأ والضرر أي ان يكون الخطأ هو السبب الذي أدى إلى وقوع الضرر فإذا لم تتوافر هذه العلاقة لا تنهض علاقة السببية مع الإشارة إلى انه في كثير من الاحوال يصعب تقدير الرابطة، نتيجة لتعدد الظروف وتداخلها بحيث يصعب تعيينها عند تعدد الاسباب التي اجتمعت على حدوث الضرر<sup>(٧٣)</sup>.

وهناك عوامل معينة قد تحدث وتؤدي إلى قطع علاقة السببية وتندرج تحت ما يسمى بالسبب الأجنبي، وهو كل فعل أو حادث معين لا ينتسب إلى الفاعل ويؤدي إلى ان يصبح حدوث الضرر مستحيلاً، وأبرز صور السبب الأجنبي:

١- الحوادث الفجائي أو القوة القاهرة: وهو الأمر الذي لا يمكن توقعه أو تلافيه ومن شأنه ان يجعل التنفيذ مستحيلاً أو حادث مستقل عن إرادة المدين ويمكن توقعه أو مقاومته، كانقطاع التيار الكهربائي اثناء العملية الجراحية.

٢- خطأ المضرور: بحيث من الممكن ان يكون عمل المصاب أو تصرفه هو الذي أدى لحصول الضرر بحيث تنتفي المسؤولية، والعبارة ان يكون خطأ المضرور لا يمكن توقعه أو دفعه أو ادراكه بحيث لا يوجد وسيلة لتلافي وقوع الحادث<sup>(٧٤)</sup>. وذلك كعدم الالتزام بإرشادات الناقل والزارع قبل وبعد إجراء عملية النقل والزرع سواء من المانح أو من المتلقي.

### الفرع الثاني

حجج الاتجاه القائل بأن مسؤولية نقل وزرع الأعضاء البشرية هي مسؤولية

#### تقصيرية

إنَّ المسؤولية التقصيرية هي حالة تنشأ خارج دائرة العقد، ومصدر الالتزام بها هو القانون، وقد أشرنا إلى وجود اتجاهين متناقضين حول تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية في موضوعنا أحدهما عقدية، والأخرى تقصيرية.

وكذلك هناك قرار صدر عن محكمة السفن الفرنسية عام ١٩١٣ أكد أن الطبيب يتم مساءلته تقصيراً عن الفعل الضار الذي أصاب المريض، وكل ذلك لا علاقة له بالحالات العقدية بين الطبيب والمريض<sup>(٧٥)</sup>.

وقد استقرت المحاكم الفرنسية لمدة من الزمن على ان مسؤولية الطبيب تقصيرية على أساس أن الالتزام المهني ليس له علاقة بالاتفاق مع العميل، لأنه يجهل الالتزامات التي وقعها وهذا الامر يطبق على الأطباء والمرضى فلا يفترض ان هذه الالتزامات تدخل دائرة التعاقد وهي تقترب حسب وجهة نظرهم من الالتزامات التي يفرضها القانون وليس الالتزامات التعاقدية، وكذلك أن العقد الموقع بين الطرفين به التزام واحد وهو دفع الأجر للطبيب ولا يوجد فيه التزام آخر على الطبيب، وقد لاقى هذا الاتجاه تأييداً من القضاء الفرنسي تلك المدة<sup>(٧٦)</sup>.

واتجه كذلك جانب من الفقهاء الفرنسيين الاتجاه نفسه على أساس أن الأخطاء يرتكبها الأطباء اتجاه المريض فإنّ المسؤولية المدنية هي مسؤولية تقصيرية وأنّ مدى التزامه هو بذل عناية، ويطالب هذا القول بتطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية على الرغم من وجود عقد بين الطبيب والمريض وعد أصحاب هذا الرأي أن القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٩٣٦/٥/٢٠ ليس له أي فائدة للمجني عليه وأنّ العقد مفترض وغير موجود في جميع الحالات، والقول إنّ هذه المسؤولية هي مسؤولية عقدية غير صحيح؛ لأنّ محكمة النقض بقرارها تجنبت بإخضاع الدعوى المدنية للتقادم الطويل ولا يوجد سبب آخر لقرارها، وأدى ذلك إلى تناقض، فالعمل الذي ارتكبه الطبيب واحد مكون لجريمة ذات مسؤولية جنائية ومسؤولية حديثة معاً، ولا يوجد أساس للتمييز بين المسؤولين<sup>(٧٧)</sup>.

إنّ الذين عدوا ان هذه المسؤولية هي مسؤولية تقصيرية كان لديهم حجج اعتمدوا عليها وهناك من رد عليهم ونستطيع ان نوجز اهم الردود في الاتي:  
أولاً. ذهب القائلون بالمسؤولية التقصيرية بأنّ حياة الإنسان ليست محلاً للتعاقد، وعليه لا يمكن ان يتحقق العقد وأنّ تكيفه في هذا الاتجاه يعني العودة بالحياة إلى زمن الرق، وهذا غير واقعي، لان وضع المتلقي والمانح نفسه تحت سيطرة الناقل والزارع، ليتصرف بجسمه كما يريد لا يجوز، وحياته وسلامته يحميها القانون والنظام العام وأي شيء غير ذلك يخضع الناقل والزارع بسببه للمسؤولية التقصيرية، ولكن العقد موجود وقائم<sup>(٧٨)</sup>.

ثانياً. الذين اخذوا بأن المسؤولية هي مسؤولية تقصيرية استندوا إلى ان المتلقي ليس له اي حرية بالتفاوض مع الطبيب، وهذا يدل على عدم وجود العقد اصلاً، ويرد عليهم بأن وجود اللافتة على مدخل عيادة الطبيب تمثل دعوة للتعاقد، ويدل على ذلك ان شروط العلاج لا يتم الاتفاق عليها الا بعد حديث الطرفين وتفاوضهم ومعرفة سابقة على ابرامهم العقد وغير ذلك، وحجتهم فيها اهدار واعتداء على حرية الطبيب، وأما حالات الاستعجال فهي تدخل ضمن المسؤولية التقصيرية<sup>(٧٩)</sup>.

ثالثاً. وذهبوا أيضاً في سبيل تبرير كون المسؤولية هي تقصيرية بالقول بأن المهن الطبية لها طبيعة فنية ليس من العدل ان تكون مجالاً للتعاقد لأنها معروفة فقط من قبل الأطباء وطبيعة التزاماتها لا تدخل ضمن العقد المبرم بين الطبيب والمتلقي والعلم بالأمر الطبية تكون من قبل الطبيب فقط والمتلقي يجهل هذه الأمور ولا يعلم عنها إلا القليل جداً<sup>(٨٠)</sup>.

ونرد هذه الحجة بأن المتلقي أو المانح لا يتفاوضان الا على النتيجة الطبية ولا يتدخلان بالأمر الفنية الطبية الخاصة، وان الاخذ بهذا الاتجاه يعني ان على صاحب المشروع مثلاً ان لا يتفاوض مع المقاول أو المهندس على الاعمال المرام انجازها، وهذا الامر مردود بالكامل.

رابعاً. وقال من أخذ بهذا التكييف إن حالات اصابة المتلقي المفاجئة يكون فيها هنا فاقدا للوعي أو في حالة غيبوبة تجعل من المستحيل وجود علاقة تعاقدية بينه وبين الطبيب لان المتلقي يكون غير قادر عن التعبير على ارادته بالإيجاب أو الرفض، بحيث ان خطأ الطبيب هنا يعد خطأ تقصيرياً لعدم وجود علاقة تعاقدية<sup>(٨١)</sup>.

ويمكن ردّ هذه الحجة بالقول بأن المتبنين للاتجاه القائل بالمسؤولية العقدية، قد اوردوا استثناءات على حالات معينة<sup>(٨٢)</sup>، ومن هذا كله نستطيع القول بأن المسؤولية التي المتحققة هي مسؤولية عقدية أصلاً<sup>(٨٣)</sup>.

## خاتمة :

في نهاية بحثنا هذا نستطيع أن نخرج بأهم ما توصلنا إليه من استنتاجات وكذلك ما نراه من توصيات ونجملها في الآتي:

## أولاً. الاستنتاجات:

- ١- اختلف القضاء والفقهاء حول التكيف الأمثل لعقد نقل وزرع الأعضاء البشرية فمنهم من ذهب إلى أن المسؤولية المتحققة هي عقدية وأوردوا حججاً في ذلك، ومنهم من ذهب إلى كونها مسؤولية تقصيرية وكذلك كانت لهم حجج في هذا الموضوع.
- ٢- إنَّ لعقد نقل وزرع الأعضاء البشرية مميزات تجعله مختلفاً عن باقي العقود وكذلك له خصائص، فهو عقد غير مسمى وملزم للجانبين وعقد رضائي وقائم على الاعتبار الشخصي وهو من عقود المعاوضة القائمة على الثقة والسرية.
- ٣- إنَّ التكيف القانوني الملائم لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية بالعموم بين المانح والمتلقي من جهة والناقل والزارع من جهة أخرى، تحكم تارةً بأحكام المسؤولية التقصيرية في حال عدم تعاقد المتلقي والمانح مع الناقل والزارع في عيادته الخاصة وجرى التعامل الأول في المستشفى العام حتى لو كانت بعد ذلك مراجعة للعيادة الخاصة، وتحكم بأحكام المسؤولية العقدية في حال كان التعامل الأول في عيادة الطبيب حتى لو تمَّ المراجعة بعد ذلك في المستشفى العام.
- ٤- إنَّ الخطأ في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية يكون بالإخلال الصادر من أحد أو أكثر من طرف من أطراف العملية سواء كان المتلقي أو المانح أو الزارع والناقل عن شروط العقد المبرم أو قيام أحد الأطراف أو أكثر بسلوك يخرج عن القواعد القانونية التي يرتب القانون أثر بحال الإخلال بها، وقد يكون هذا الخطأ فنياً أو عادياً.
- ٥- إنَّ رابطة العلاقة السببية في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية هي رابطة مباشرة مستقلة بين الخطأ الذي يرتكبه أحد أطراف العملية والضرر الذي أصاب الشخص.

## ثانياً. التوصيات:

١- ضرورة أن يكون هنالك تشريع لقانون يخص تنظيم العلاقة الطبية بشكل عام، يكون شاملاً لجميع العلاقات التي تنشأ جراء العمل الطبي، وألا تقتصر على واجبات الطبيب فقط، بل تتعدى ذلك إلى واجبات والتزامات المريض وذويه أيضاً، مبيناً في هذا القانون كذلك مواضيع حساسة مشددة العقوبات وعدم تركها لأحكام القواعد العامة، فالنصب والاحتيال الذي يكون موضوعه جسم الإنسان لا يمكن أن يقاس بالنصب والاحتيال المالي، وكذلك التعويض عن الضرر الذي يصيب المال لا يمكن أن يساوى في ضرر يصيب بدن الإنسان لهذا نوصي المشرع بأن يسنّ مثل هكذا قانون.

٢- نوصي المشرع العراقي بتعديل المادة (٤) من قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية ومنع الاتجار بها، وأن يحذو حذو المشرع الفرنسي والتونسي والمغربي بأن يكون إبداء الرضاء أمام جهة قضائية طبية مشتركة، فالطبيب يعدّ جهة غير مختصة بالقانون ولا يستطيع التقدير القانوني لموضوع حساس كهذا.

٣- نرى ضرورة أن يقوم المشرع العراقي بتعديل المادة (١٠) من قانون تنظيم نقل وزرع الأعضاء البشرية ومنع الاتجار بها، بتضمين ان يكون التبصير تحريرياً موقعا من قبل المانح وعدم الاكتفاء بالتبصير الشفوي، اضافة إلى وضع جزاء مناسب في حالة الاخلال بالتبصير.

٤- نوصي المشرع العراقي بأن يكون دقيقاً في صياغة عنوان القانون فدلالة كلمة (زرع) تعني نثر البذور وهذا المصطلح لا يسعف في توصيف الحالة، ونرى أنّ المشرع السوري كان أكثر دقة إذ استعمل مصطلح (الغرس) وهو ذو دلالة أدق في التعبير وصائب.

٥- نوصي المشرع العراقي بتعديل قانون نقابة الأطباء العراقيين أو في الأقل نوصي وزارة الصحة أو نقابة الأطباء بإصدار تعليمات تنص على حظر الجمع بين الوظيفة العامة أو العمل في المستشفى الخاص مع العمل في العيادة الخاصة، فالطبيب هو إنسان فعندما يعمل ١٦ ساعة فإنّ تعرضه لارتكاب الأخطاء يكون أكبر مما يكون

عاملاً بشكل أقل من هذا الوقت، ناهيك عن الابتزاز الذي يتعرض له المرضى بسبب هذه الحالة.

الهوامش:

- (١) د. أحمد سلمان شهيب ود. جواد كاظم سميمس، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقہ الإسلامي، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١٥، ص ٢٢٢.
- (٢) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، توزيع المكتبة القانونية بغداد، دون سنة طبع، ص ٣٣.
- (٣) ينظر: د. صفاء خريوطي، المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة، دار المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠٠٥، ص ٢٨؛ د. عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي، دار المعارف، لبنان، ١٩٦٦، ص ٤٦؛ د. محمود السرطاوي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مجلة دراسات الجامعة الاردنية، ج ٩، ١٩٨٢، ص ١٤٣.
- (٤) د. أحمد سلمان شهيب ود. جواد كاظم سميمس، مصدر سابق، ص ٢٩ وما بعدها.
- (٥) ينظر: د. ابراهيم الشرقاوي، مصادر الالتزام الارادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، دار إثراء للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨، ص ٢٠١.
- (٦) ينظر: د. عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، ط ١، الشركة العالمية للكتاب، لبنان، ١٩٨٧، ص ٩٨.
- (٧) ينظر: حسن عكوش، المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٥٧، ص ١١.
- (٨) ينظر: د. محمد وحيد الدين، النظرية العامة للالتزام، ج ١، ط ٨، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٩٦، ص ٧.
- (٩) المادة (١/١٣٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لعام ١٩٥١ المعدل.
- (١٠) ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٧، مج ١، ط ٣، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، ١٩٨٨، ص ١٨.
- (11) Martini (p), la responsabilité du chirurgien, these presente a la faculte de droit et de science politique d Aix-Marseille universie paul cezanne, aix Marseille, III, annee, 1999, p.132.

- (١٢) ينظر: د. احمد درويش، العقد الطبي - تأملات حول المشاكل القانونية التي تنبثقها العلاقة بين الطبيب وزبونه، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الرباط، ٢٠٠٩، ص ٩.
- (١٣) ينظر: المصدر نفسه، ص ٧-٨.
- (١٤) ينظر: د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، ج ١، مطبعة رياض، دمشق، ١٩٨٢، ص ١٠٧-١٠٨.
- (١٥) ينظر إلى حكم محكمة استئناف الرباط نقلا عن: د. أحمد درويش، مسؤولية الأطباء المدنية، منشأة المعارف الاسكندرية، ١٩٨٩، ص ٤٤.
- (١٦) ينظر: د. وفاء حلمي ابو الجميل، الخطأ الطبي، دراسة تحليلية فقهية وقضائية في مصر وفرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧، ص ١٩.
- (١٧) ينظر: د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤، ص ٣١.
- (١٨) ينظر: احمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٣، ص ٢١٥.
- (١٩) ينظر: المصدر نفسه، ص ٢١٦.
- (٢٠) والقضية التي صدر بخصوصها هذا القرار تتعلق بان سيدة كانت تشكو من حساسية بالأنف وقامت بمراجعة طبيب اختصاصي بالأشعة عام ١٩٢٥ فعالجها بأشعة X ونتج عن علاجه تلف في الانسجة المخاطية في وجهها فقام زوجها برفع قضية بالنيابة عن زوجته امام القضاء عام ١٩٢٩، فأصدرت محكمة استئناف إكس الفرنسية في ١٦/١/١٩٣١ حكما تضمن رد الدفع بالتقادم المقدم من قبل الطبيب المعالج لإسقاط الدعوى وجاء في القرار " ان الدفع بالتقادم طبقا لنص المادة ٦٣٨ في اصول المحاكمات الجزائية لا ينطبق على هذه الدعوى لأنها ليست سوى دعوى مسؤولية مدنية ناشئة عن عقد سبق إبرامه بين الطبيب والمريض ويلتزم فيه الطبيب ببذل عناية دقيقة ومعينة"، ينظر: د. احمد حسين الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥، ص ٣٨؛ د. عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيداللة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص ٩٨.
- (٢١) ينظر: د. محمد عبد النباوي، المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص، ط ٢، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ٢٠٠٠، ص ١٤٣.

- (٢٢) ينظر: د. بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، دار الايمان، بيروت، ١٩٨٤، ص ١١٥.
- (٢٣) ينظر: د. إبراهيم سيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي فقهاً وقضاءً، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٥٠-٥١.
- (٢٤) الفصل (٩) من قانون أخذ الأعضاء البشرية التونسي رقم ٢٢ لعام ١٩٩١.
- (٢٥) المادة (٥) من قانون تنظيم نقل زراعة الأعضاء البشرية الإماراتي رقم ١٥ لعام ١٩٩٣.
- (٢٦) ينظر: د. أحمد حسين الحيايري، مصدر سابق، ص ١٨٢.
- (٢٧) ينظر: د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مج ٢، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ط ٥، القاهرة، ١٩٨٨ ص ١٣٤.
- (٢٨) ينظر: د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج ١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥، ص ٣٠٠-٣٠٢.
- (٢٩) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج ١، مصادر الالتزام توزيع المكتبة القانونية، بغداد، دون سنة طبع، ص ٥٢٥ وما بعدها.
- (٣٠) ينظر: د. عبد المعين لطفي، موسوعة القضاء في المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، الكتاب الثاني، عالم النشر القاهرة، ١٩٧٩، ص ١٤ وما بعدها.
- (٣١) ينظر: د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ٣٩٥.
- (٣٢) المادة (٩) من قانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية العراقي رقم ٧٥ لعام ١٩٧٠.
- (٣٣) ينظر: ابراهيم علي حمادي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٢، ص ٩٨ وما بعدها.
- (٣٤) ينظر: د. عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ١١٣.
- (٣٥) ينظر: د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مطبعة وزارة التعليم العالي، ١٩٨٩، ص ٤٦٥.
- (٣٦) ينظر: د. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع، ج ١، انعقاد العقد، منشورات مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٨، ص ١.
- (٣٧) ينظر: المصدر نفسه، ص ١١.

- (٣٨) ينظر: المصدر نفسه، ص ٣٠.
- (٣٩) ينظر: د. عزيز كاظم الخفاجي، أحكام عقد البيع مقارنة بالفقه الإسلامي الكتاب الاول الانعقاد، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠٢١، ص ٤٧-٤٨.
- (٤٠) ينظر: د. طارق كاظم عجيل، مصدر سابق، ص ٢٥.
- (٤١) ينظر: د. عزيز كاظم الخفاجي، مصدر سابق، ص ٣٥.
- (٤٢) ينظر: المواد (٣٣٠) و(٣٧١) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لعام ١٩٦٩ المعدل.
- (٤٣) ينظر: د. عزيز كاظم الخفاجي، مصدر سابق، ص ٤٩.
- (٤٤) د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، آثار العقد، ٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨، ص ١٩١ وما بعدها.
- (٤٥) ينظر: د. عزيز كاظم الخفاجي، مصدر سابق، ص ٤٢.
- (٤٦) ينظر: د. عبد الوهاب عبد القادر مصطفى الحلبي، السلوك الطبي وآداب المهنة، مطبعة جامعة الموصل، ١٩٨٨، ص ٢٧.
- (٤٧) ينظر: د. أكرم محمود حسين، مسؤولية الطبيب المدنية عن إفشاء السر الطبي، بحث منشور في مجلة آداب الرفادين، كلية الآداب، العدد ٢٦، ٢٠١١، ص ٤٤٢.
- (٤٨) ينظر: د. أحمد حسين الحيايري، مصدر سابق، ص ٣٥.
- (٤٩) أحمد محمود سعد، مصدر سابق، ص ٢٤٣.
- (٥٠) ينظر: د. وفاء أبو جميل، الخطأ الطبي دراسة تحليلية فقهية وقضائية في مصر وفرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦، ص ٥٦.
- (٥١) ينظر: د. حسن زكي الابراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والمقارن، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥١، ص ٥٦.
- (٥٢) ينظر: د. أحمد حسين الحيايري، مصدر سابق، ص ٣٥.
- (٥٣) ينظر: أحمد محمود سعد، مصدر سابق، ص ٢١٢.
- (٥٤) ينظر: د. محمد وحيد الدين سوار، مصدر سابق، ص ٢٨٠.
- (٥٥) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مج ١، ج ١، ط ٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨، ص ٨٤٧.

(٥٦) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، نشر وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٠، ص ١٠١.

(٥٧) د. محمود عبد الرحيم الديب، التعويض العيني لجبر المضرور، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٣، ص ٩١.

(٥٨) د. جمال مهدي محمود الاكشة، مسؤولية الآباء المدنية عن الأبناء القصر، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٨٣.

(٥٩) د. عبد الحكم فودة، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ٢٠١٤، ص ٨.

(٦٠) د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤، ص ٥١٨.

(٦١) وردت احكام المسؤولية التقصيرية لدى المشرع العراقي في القانون المدني من المادة ١٨٦ إلى المادة ٢٣٢، والمشرع المصري بقانونه المدني عالج الموضوع من المادة ١٦٣ إلى المادة ١٧٨، وقانون الموجبات اللبناني فانه وضع احكام هذه المسؤولية من المادة ١٢١ إلى المادة ١٣٩، والقانون المدني الاردني قد خصص لها احكام من المادة ٢٥٦ إلى المادة ٢٩٣، وكذلك المشرع الجزائري فقد نص على هذه الاحكام في المواد من ١٢٤ إلى ١٤٠، وواكب ذلك المشرع الاماراتي وخصص للموضوع المواد من ٢٨٢ إلى ٣١٧، للمزيد من التفاصيل، ينظر: د. احمد سلمان شهيب، د، جواد كاظم سميسم، مصدر سابق، ص ٢٧٤-٢٧٥.

(٦٢) ينظر: منير القاضي، محاضرات في القانون المدني، محاضرات ملقاة على معهد الدراسات العالية التابع إلى جامعة الدول العربية، مطبعة دار المعرفة، بغداد، ١٩٥٤، ص ٢٨.

(٦٣) كان اول تطبيق للمسؤولية التقصيرية الطبية في القضاء الفرنسي في القضية الشهيرة المعروفة بـ (كوين) إذ تتمحور القضية في أنّ شخصاً اسمه (كوين) رفع دعوى ضد الطبيب بسبب بتر ذراعه الايمن الذي كان بسبب خطأ الطبيب الذي قطع الشريان العضدي حيث قضت المحكمة المدنية بمسؤولية الطبيب تقصيرياً وتم تأييد هذا الحكم من المحكمة

الاستثنائية، وقد تواترت الأحكام والقرارات القضائية على تأكيد الطبيعة التصيرية لمسؤولية الأطباء والتي قوامها الاخلال بالواجب القانوني، للمزيد من التفاصيل ينظر:

JEAN PHILIPP Belville, la chirurgie esthetique en farance these presente a alfaculte de droit ifross, universite, jean moulin lyon III, 2006, p. 78.

(٦٤) جاء هذا الحكم في دعوى تتضمن حيثياتها قيام طبيب الأسنان بإيكال مهمة قلع سن طفل إلى ممرضة وكذلك عدم تعامله الإنساني مع الطفل، وألزم الطبيب بالتعويض للمتضرر طبقاً لأحكام المادة (٢٠٢) من القانون المدني العراقي التي تنص على " كل فعل ضار بالنفس من قتل أو جرح أو ضرب أو اي نوع اخر من انواع الايذاء يلزم بالتعويضات من احدث الضرر" وكذلك طبقاً لأحكام المادة (٢٠٤) التي تنص على " كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر بالمواد السابقة يستوجب التعويض "، القرار منقول عن د. ابراهيم صالح عطية، المسؤولية المدنية للطبيب الناتجة عن خطأه العادي، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة ديالى، العدد ٢٦، ٢٠٠٣، ص ٣٦.

(٦٥) ينظر: د. محمد محمد أبو زيد، معيار خطأ الطبيب، بحث منشور في مجلة الحقوق، الجامعة الكويتية، العدد (٣)، سبتمبر ١٩٩٦، ص ٣٢٧.

(٦٦) ينظر: د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج ١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥، ص ٣٤٢.

(٦٧) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٨٨١.

(٦٨) ينظر: د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج ١، ط ٥، مكتبة مصر الجديدة، ١٩٩٢، ص ١٣٣.

(٦٩) ينظر: د. منذر الفضل، مصدر سابق، ص ٢٧٩.

(٧٠) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٩٠.

(٧١) ينظر: د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، ج ١، ط ٥، مكتبة مصر الجديدة، القاهرة، ١٩٩٢، ص ١٣٧-١٣٨.

(٧٢) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٨٦٤.

(٧٣) ينظر: د. سليمان مرقص، مصدر سابق، ص ٤٥٠.

(٧٤) ينظر: د. منذر الفضل، مصدر سابق، ص ٤٧٤.

- (٧٥) ينظر: د. احمد حسين الحيارى، مصدر سابق، ص ٢٤.
- (٧٦) ينظر: المصدر نفسه، ص ٢٥.
- (٧٧) ينظر: د. محسن عبد الحميد البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٣.
- (٧٨) ينظر: د. وفاء ابو جميل، مصدر سابق، ص ١٩.
- (٧٩) ينظر: وجدان ارتيمية، الخطأ الطبي في القانون المدني الاردني، رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية، ١٩٩٥، ص ٣٥.
- (٨٠) ينظر: أحمد محمود سعد، مصدر سابق، ص ٢٣٢.
- (٨١) ينظر: المصدر نفسه، ص ٢٣٣.
- (٨٢) ينظر: د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية لكل من الأطباء والجراحين وأطباء الأسنان والصيدلة والمستشفيات العامة والخاصة والممرضين والممرضات، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٢٠٤.
- (٨٣) ينظر: د. محمد وحيد الدين سعيد سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، ج ١، مطبعة رياض، دمشق، ١٩٨٢، ص ٤١.

## المصادر والمراجع

### أولاً. الكتب:

- ١- د. إبراهيم الشرفاوي، مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، دار إثراء للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨.
- ٢- د. إبراهيم سيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي فقهاً وقضاً، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٧.
- ٣- د. أحمد حسين الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥.
- ٤- د. أحمد درويش، العقد الطبي - تأملات حول المشاكل القانونية التي تثيرها العلاقة بين الطبيب وزبونه، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الرباط، ٢٠٠٩.
- ٥- د. أحمد درويش، مسؤولية الأطباء المدنية، منشأة المعارف الاسكندرية، ١٩٨٩.
- ٦- د. أحمد سلمان شهاب ود. جواد كاظم سميسم، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقهاء الإسلامي، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١٥.
- ٧- د. بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، دار الإيمان، بيروت، ١٩٨٤.
- ٨- د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مطبعة وزارة التعليم العالي، ١٩٨٩.
- ٩- د. جمال مهدي محمود الاكشة، مسؤولية الآباء المدنية عن الأبناء القصر، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٩.
- ١٠- د. حسن زكي الابراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والمقارن، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥١.
- ١١- حسن عكوش، المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٥٧.
- ١٢- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج ١، ط ٥، مكتبة مصر الجديدة، ١٩٩٢.

- ١٣- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مج ٢، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ط ٥، القاهرة، ١٩٨٨.
- ١٤- د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، ج ١، ط ٥، مكتبة مصر الجديدة، القاهرة، ١٩٩٢.
- ١٥- د. صفاء خربوطلي، المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة، دار المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠٠٥.
- ١٦- د. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع، ج ١، انعقاد العقد، منشورات مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٨.
- ١٧- د. عبد الحكم فودة، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، ٢٠١٤.
- ١٨- د. عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨.
- ١٩- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط ٣، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، ١٩٨٨.
- ٢٠- د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، آثار العقد، ط ٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨.
- ٢١- د. عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
- ٢٢- د. عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي، دار المعارف، لبنان، ١٩٦٦.
- ٢٣- د. عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، ط ١، الشركة العالمية للكتاب، لبنان، ١٩٨٧.
- ٢٤- د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، نشر وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٠.
- ٢٥- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج ١، مصادر الالتزام توزيع المكتبة القانونية، بغداد، دون سنة طبع.

- ٢٦- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، توزيع المكتبة القانونية بغداد، دون سنة طبع.
- ٢٧- د. عبد المعين لطفي، موسوعة القضاء في المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، الكتاب الثاني، عالم النشر القاهرة، ١٩٧٩، ص ١٤ وما بعدها.
- ٢٨- د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤.
- ٢٩- د. عبد الوهاب عبد القادر مصطفى الجليبي، السلوك الطبي وآداب المهنة، مطبعة جامعة الموصل، ١٩٨٨.
- ٣٠- د. عزيز كاظم الخفاجي، أحكام عقد البيع مقارنة بالفقه الإسلامي الكتاب الاول الانعقاد، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠٢١.
- ٣١- د. محسن عبد الحميد البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
- ٣٢- د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٤.
- ٣٣- د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية لكل من الأطباء والجراحين وأطباء الأسنان والصيدالة والمستشفيات العامة والخاصة والممرضين والممرضات، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠١.
- ٣٤- د. محمد عبد النباوي، المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص، ط ٢، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ٢٠٠٠.
- ٣٥- د. محمد وحيد الدين سعيد سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، ج ١، مطبعة رياض، دمشق، ١٩٨٢.
- ٣٦- د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، ج ١، مطبعة رياض، دمشق، ١٩٨٢.
- ٣٧- د. محمد وحيد الدين، النظرية العامة للالتزام، ج ١، ط ٨، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٩٦.

- ٣٨- د. محمود عبد الرحيم الديب، التعويض العيني لجبر المضرور، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٣.
- ٣٩- د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥.
- ٤٠- د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥.
- ٤١- منير القاضي، محاضرات في القانون المدني، محاضرات لقاء على معهد الدراسات العالية التابع إلى جامعة الدول العربية، مطبعة دار المعرفة، بغداد، ١٩٥٤.
- ٤٢- د. وفاء أبو جميل، الخطأ الطبي دراسة تحليلية فقهية وقضائية في مصر وفرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦.
- ٤٣- د. وفاء حلمي ابو الجميل، الخطأ الطبي، دراسة تحليلية فقهية وقضائية في مصر وفرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧.

#### ثانياً. الأَطْرِيح والرسائل الجامعية:

- ١- إبراهيم علي حمادي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٢.
- ٢- أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٣.
- ٣- جدان ارتيمية، الخطأ الطبي في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، ١٩٩٥.

#### ثالثاً. البحوث والمقالات والدراسات:

- ١- د. إبراهيم صالح عطية، المسؤولية المدنية للطبيب الناتجة عن خطأه العادي، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة ديالى، العدد ٢٦، ٢٠٠٣.

- ٢- د. أكرم محمود حسين، مسؤولية الطبيب المدنية عن إفساء السر الطبي، بحث منشور في مجلة آداب الرافدين، كلية الآداب، العدد ٢٦، ٢٠١١.
- ٣- د. محمد محمد أبو زيد، معيار خطأ الطبيب، بحث منشور في مجلة الحقوق، الجامعة الكويتية، العدد (٣)، سبتمبر ١٩٩٦.
- ٤- د. محمود السرطاوي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مجلة دراسات الجامعة الاردنية، ج٩، ١٩٨٢.

#### رابعاً. القوانين:

- ١- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لعام ١٩٤٨.
- ٢- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لعام ١٩٥١ المعدل.
- ٣- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لعام ١٩٦٩ المعدل.
- ٤- قانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية العراقي رقم ٧٥ لعام ١٩٧٠.
- ٥- القانون المدني الجزائري رقم ٧٥-٥٨ لعام ١٩٧٥.
- ٦- القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لعام ١٩٧٦.
- ٧- قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لعام ١٩٨٥.
- ٨- قانون أخذ الأعضاء البشرية التونسي رقم ٢٢ لعام ١٩٩١.
- ٩- قانون تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية الإماراتي رقم ١٥ لعام ١٩٩٣.

#### خامساً. المصادر الأجنبية:

- 1- JEAN PHILIPP Belville, la chirurgie esthetique en farance these presente a alfaculte de droit ifross, universite, jean moulin lyon III, 2006.
- 2- Martini (p). la responsabilite du chirurgien, these presente a la faculte de droit et de science politique d Aix-Marseille universie paul cezanne, aix Marseille, III, annee, 1999.

# **JOURNAL**

## **of Ash-Sheikh At-Tousy University College**

### **A Refereed Quarterly Journal**

Issued by Ash-sheikh At-Tousy University - Holy Najaf - Iraq  
Ramadhan 1446 A.H. - March 2025 A.D.

**Ninth year**  
**No.25**

**ISSN**  
**2304-9308**

التصميم والإخراج الفني  
مكتب محمد الخزرجي  
٠٧٨٠٠١٨٠٤٥٠  
العراق - النجف الأشرف